



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

ELŐKÉSZÍTŐ A RÓMAI JOGI SZIGORLATRA.

76h, 17

INSTITUTIÓK

ÉS

*** PANDEKTÁK**

97

DR. SCHWARZ GUSZTÁV

EGYETEMI NY. R. TANÁR

ELŐADÁSAI ALAPJÁN

ÖSSZEÁLLÍTOTTA

BESNYŐ BÉLA.

Kapható,
POLITZER ZSIGMOND és FIA
könyvkereskedésében
Budapest, IV., Kecskeméti-utca 4.

BUDAPEST, 1900.

POLITZER ZSIGMOND KIADÁSA.

For T
B 5557i

JUN 9 1931

ELŐSZÓ.

Midőn egy évvel ezelőtt e könyv összeállításához hozzáfogtam, csak az a czél lebegett szemem előtt, hogy a vizsgára készülőeknek kezébe megbízható útmutatót adjak. Ma örömmel mondhatom, hogy többet tettem. Nem elégedtem meg azzal, hogy a mint az 1. §-ban ígértem, az anyag nagy részénél a közkézen forgó kézikönyvekre utaljak, hanem összeállítottam az egész anyagot úgy, hogy némely a szövegben kitüntetett és utalásokkal pótoltt hiánytól eltekintve teljes római jogi kézikönyvet vesz az olvasó. E könyvből a vizsgára készülő a római jogi anyagot a jogtörténet és perjog némely külsőségeinek és a kötelmi jog extracontractuális különös részének kivételével immár nemcsak az institutiók keretében, hanem a pandektajog szerint is megtanulhatja.

A jelen könyv legnagyobb része nem egyéb mint dr. *Schwarz Gusztáv* egyetemi tanár úr Institutio- és Pandekta-előadásainak összeállítása. Csak egyes kisebb részekben, a hol ez előadások fonala megszakadt, kellett azokat kiegészíteni, mit ugyancsak a nevezett tanár úr módszere és személyes szives útmutatása szerint, részben nyomtatott értekezései felhasználásával, főleg Gierke, Jhering, Dernburg, Regelsberger, Baron és egyéb kiváló író munkája nyomán eszközöltem.*)

*) Ily szabadabban kidolgozott részek, a többiekbe szórt apróbb pótlásoktól eltekintve, a következők: a 49—51, 56, 57—59, 60—65, 67—76, 89, 96, 99—105, 126, 140—143, 173—175 §-ok. A 144—155 §-okban az előadásokat felhasználtam ugyan, de tetemes kiegészítésekkel Dernburg alapján.

A módszer, melyet Schwarz Gusztáv tanár úr előadásai-
ban követ, s mely e könyvben visszatükröződik, világosabb
és következetesebb mint az, melyet a dívó pandektakönyvek
használnak. E módszer alapja a Binding-Thon-féle norma-
elmélet. E felfogás szerint a jogdogmatika egyetlen és igazi
tárgya: a *jogszabály*. A jogszabálynak *általános* kritériumai,
vagyis azok, a melyek *minden* jogszabályra találunk, az általá-
nos részben tárgyalatnak; a különös részben pedig az egyes
jogszabályok *tartalmi* eltéréseik szerint csoportosítatnak.
Mínthogy minden jogszabály schemája két részre, t. i. a
tényállási és a joghatási részre oszlik: az általános rész
három fejezetre szakad, t. i. a jogszabályokról általában,
a joghatásokról általában és a tényállásokról általában. A
különös részben a jogszabályok a *joghatások* (alanyi jogok)
szempontja szerint vannak csoportosítva, és itt van e mód-
szer második sajátossága, t. i. az alanyi jogokat a rendszer
egész különös részén keresztül ugyanazon egy schema sze-
rint: jogkeletkeztető, jogváltoztató és jogszüntető tények
sorában adja elő. A ki e jelen könyvnek csak tartalom-
mutatóját is gondosan áttekinti, meg fog győződni e mód-
szer áttekinthető és következetes voltáról.

Fogadja a mélyen tisztelt tanár úr köszönetemet, hogy
addig is, míg saját tollából eredő tankönyve megjelenik,
előadásainak jelen alakban való felhasználását megengedni
szíves volt.

Budapest, 1899. szeptember 15-én.

Besnyő Béla.

TARTALOM.

BEVEZETÉS.

	Lap
1. §. A római jog tananyagának felosztása	1
2. §. A pandektajog fogalma és tárgyalási módszere	2
3. §. A római jog történetének vázlata Iustinianusig	4
4. §. A római jog történetének vázlata a glossatoroktól máig...	19

ÁLTALÁNOS RÉSZ.

I. fejezet. A jogszabályok általában.

5. §. A tárgyi jog fogalma	21
6. §. A jogszabályok nevei: A) alakjuk szerint	22
7. §. A jogszabályok nevei: B) egymáshoz való viszonyuk szerint	24
8. §. A jogszabályok nevei: C) kényszerítő erejük szerint	25
9. §. A jogszabályok nevei: D) a bennük foglalt szabályozás különféle egyeditése szerint	29
10. §. A jogszabályok nevei: E) keletkezési forrásuk szerint	31
11. §. A jogszabályok nevei: F) területi hatályuk szerint... ..	34
12. §. A jogszabályok nevei: G) időbeli hatály tekintetében	34
13. §. A jogszabályok egyéb nevei	34
14. §. A jogszabályok értelmezése	35

II. fejezet. A joghatások általában.

15. §. Az alanyi jog fogalma	37
16. §. A jogalany	39
17. §. A jogi személy	40
18. §. A jogtárgyak	43
19. §. Jogkeletkezés, változás és megszűnés. Jogszerzés és vesztes	47
20. §. Az alanyi jogok nevei: a) alanyuk szerint... ..	50
21. §. Az alanyi jogok nevei: b) tárgyak szerint	52
22. §. A jogok nevei: c) egyéb alapok szerint	56

III. fejezet. A tényállások általában.

23. §. A jogi tény	57
24. §. A jogi cselekmény	59

	Lap
25. §. A jogügylet	60
26. §. Akaratnyilvánítás	62
27. §. Az akaratnyilvánítás formája	64
28. §. Eltérés akarat és nyilatkozat között	66
29. §. A jogügylet indokai	68
30. §. A jogügylet tartalma	71
31. §. Accidentalial negotii a) feltétel	72
32. §. Accidentalial negotii b) időhatározmány	77
33. §. A képviselő	78
34. §. A képviselő (folytatás)	83
35. §. Hiányos, hibás jogügyletek	86
36. §. Jogellenes magatartás	91
37. §. Vétkekesség	93
38. §. A jogellenes magatartás joghatása	94
39. §. Birói érvényesítés	97
40. §. A római per vázlata	105
41. §. A római per vázlata (folytatás)	111
42. §. A per magánjogi hatásai	117
43. §. A per magánjogi hatásai (folytatás)	121
44. §. Az idő	128
45. §. Az elévülés	129
46. §. Emlékezetet meghaladó elévülés	133
47. §. Igényelévülés	134
48. §. Egyéb jogi tények	138

IV. fejezet. Függelék az általános részhez.

49. §. A jogok gyakorlása	139
50. §. A jogok védelme. Biztosítási intézmények	140
51. §. A jogok védelme. In integrum restitutio	143

KÜLÖNÖS RÉSZ.

A) Személyi jog.

52. §. A személyi jog fogalma	146
--------------------------------------	-----

I. fejezet. Az ember.

53. §. Az ember jogképességének tartalma	149
54. §. Az ember jogképességének keletkezése	155
55. §. Az ember jogképességének változása	160
56. §. Az ember jogképességének megszűnése	162
57. §. Az ember cselekvőképessége	163
58. §. Az ember cselekvőképességének keletkezése, változása és megszűnése	165
59. §. A személyiségnek egyéb jogai. Az ember személyi jogainak védelme	168

II. fejezet. A testület.

60. §. A testület fogalma	170
61. §. A testület keletkezése, változása és megszűnése	173
62. §. A testület jog- és cselekvőképessége	174

III. fejezet. Az alapítvány.

63. §. Az alapítvány fogalma, fajai	178
64. §. Az alapítvány jog- és cselekvőképessége. Változása és megszűnése	180

B) Vagyongjog.

65. §. A vagyongjog fogalma és fajai	181
--------------------------------------	-----

Dologi jogok.

66. §. Általános megjegyzések	186
-------------------------------	-----

I. fejezet. A birtok.

67. §. A birtok fogalma	187
67. §. Jog-e a birtok vagy tény?	195
68. §. A birtok fajai	201
69. §. A birtokjog alanya és tárgya	202
70. §. A birtokjog keletkezése	205
71. §. A birtokjog változása	209
72. §. A birtokjog megszűnése	212
73. §. Képviselés a birtokügyleteknél	214
74. §. A birtokjog védelme	215
75. §. A birtokvédelem oka. (Birtokelméletek)	220
76. §. A jogi birtok, iuris quasi possessio	223

II. fejezet. A tulajdon.

77. §. A tulajdonjog fogalma és fajai	225
78. §. Tulajdonjogkeletkeztető tények: 1. Egyoldalú birtokbavétel	232
79. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 2. Kínestálalás	237
80. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 3. Elkülönítés (separatio)	238
81. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 4. Specificatio (feldolgozás)	241
82. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 5. Elbirtoklás	243
83. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 6. Egyéb tények	251
84. §. Tulajdonváltoztató tények (tárgyi tekintetben)	252
85. §. Tulajdonváltoztató tények (alanyi tekintetben)	255
86. §. A tulajdonjog megszűnése	261
87. §. Condominium	262
88. §. A tulajdonjog védelme	264

III. fejezet. A bonae fidei possessor joga.

89. §. A bonae fidei possessio	271
--------------------------------	-----

IV. fejezet. Szolgalmi jogok.

90. §. A szolgalmi jog fogalma és fajai	273
91. §. A telki szolgalmak	278
92. §. A személyes szolgalmak	280
93. §. A szolgalmak keletkezése	285
94. §. A szolgalmak változása és megszűnése	287
95. §. A szolgalmi jogok védelme	289

V. fejezet. Publicianus szolgálatom és szolgálmi birtokjog (iuris quasi possessio).

96. §. Publicianus szolgálatom és iuris quasi possessio	289
---	-----

VI. fejezet. Emphyteusis és superficies.

97. §. Az emphyteusis és superficies	290
--------------------------------------	-----

VII. fejezet. Zálogjog.

98. §. A zálogjog fogalma és története	294
99. §. A zálogjog fogalma (folytatás)	299
100. §. A zálogjog keletkeztető tényei	304
101. §. A zálogjogot változtató tények	308
102. §. A zálogjogot megszüntető tények	311
103. §. A zálogjog védelme	312
104. §. Több záloghitelezőnek egymáshoz való viszonya	314
105. §. Jogok elzáróztatása	316

Kötelmi jog.

I. rész. A kötelmekről általában.

I. fejezet. A kötelmek joghatása általában.

106. §. A kötelmek fogalma	316
107. §. A kötelelem tárgya	327
108. §. A kötelelem fajai tárgyak szerint	332
109. §. A kötelelem fajai tárgy szerint (folytatás)	342
110. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak. a) A pénzzolgáltatás	344
111. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak. b) A kárterítés	349
112. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak. c) A kamatszolgáltatás	350
113. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak. d) Birság és kötbér	355
114. §. A kötelmek fajai az alanyok szempontjából. Egyoldalú és kétoldalú kötelmek	358
115. §. A kötelmek fajai az alanyok szempontjából. Egyetemleges kötelmek	361
116. §. A kötelmek fajai a védelem szempontjából	371
117. §. Az obligatio tartalma	376

II. fejezet. A kötelmek keletkezése.

118. §. A kötelmek keletkezése	383
119. §. A szerződés	384
120. §. A szerződés formája	390
121. §. Távollevők közti szerződés	395
122. §. A szerződéskötésnek egyes különös módjai	398
123. §. Sajátos tartalmú szerződések. a) Harmadik személy javára szóló szerződés	403
124. §. Sajátos tartalmú szerződések. b) Viaszterhes szerződések	407
125. §. Sajátos tartalmú szerződések. c) Abstrakt és materialis (formalis) szerződés	411
126. §. Sajátos tartalmú szerződések. d) Szerencse-szerződések	415
127. §. Egyoldalú jogügylet, mint kötelelemkeletkeztető tény	416
128. §. A vétség, mint kötelelemkeletkeztető tény	421

III. fejezet. A kötelmek változása.

129. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények. a) A teljesítés lehetetlenülése	423
130. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények. b) A késedelem	430
131. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények. c) <u>Commodum</u>	437
132. §. A kötelmet alanyilag változtató tények. a) <u>A cessio</u>	440
133. §. A kötelmet alanyilag változtató tények. b) <u>Adósságtóvállalás</u>	444

IV. fejezet. A kötelmek megszűnése.

134. §. A kötelelem megszűnése	446
135. §. A teljesítés (solutio)	447
136. §. A compensatio	452
137. §. A novatio	453
138. §. Az elengedés	455
139. §. Egyéb szüntető tények	456

V. fejezet. A kötelmek védelme.

VI. fejezet. Függlék. A kötelmek biztosítása és megerősítése.

140. §. A constitutum debiti	457
141. §. A kezesség	459
142. §. Egyéb erősítő és biztosító intézmények	463
143. §. Az intercessio	463

II. rész. Egyes kötelmekről különösen.

144. §. Az ajándék	465
145. §. A kölcsön	469
146. §. A haszonkölcsön	474
147. §. A letét	476
148. §. A zálogszerződés	479
149. §. A megbízás	480
150. §. Megbízás nélküli ügyvitel	484
151. §. Adás-vétel	486
152. §. A csere	493
153. §. A bérszerződés	493
154. §. A társaságszerződés	498
155. §. Egyéb obligatiók	500

(Örökjog.

I. fejezet. Az örökjog fogalma.

156. §. A római örökjog jelentősége	502
157. §. Az örökjog fogalma és rendszerbeli állása	504
158. §. Az örökös jogai és kötelességei	509
159. §. Az örökös társak viszonya	520
160. §. Az örökös helyzete szemben a hagyatéki adósokkal	530

II. fejezet. Az örökjog keletkezése.

161. §. Történeti áttekintés	539
162. §. Történeti áttekintés (folytatás)	542

	Lsp
163. §. Az örökjog keletkezése általában	547
164. §. Delatiót keletkeztető tények. I. A végrendelet	553
165. §. A végrendelet (folytatás)	557
166. §. A végrendelet (folytatás)	559
167. §. A végrendelet (folytatás)	568
168. §. A végrendelet (folytatás)	574
169. §. Delatiót keletkeztető tények: II. Törvényes öröklés	576
170. §. Az örökség megszerzése	580

III. fejezet. Az örökjog változása.

171. §. Az örökjog változása	582
-------------------------------------	-----

IV. fejezet. Az örökjog megszűnése.

172. §. Az örökjog megszűnése	584
--------------------------------------	-----

V. fejezet. Az örökös védelme.

VI. fejezet. Függelék az örökjog tanához.

173. §. A hagyományok	586
174. §. Fideicommissum universale	594
175. §. Egyéb mortis causa juttatások	596

C) Családjog.

176. §. A római családjog fejlődése	598
177. §. Az atyai hatalom	599
178. §. A házasság	602
179. §. Az adoptio	612
180. §. A patria potestas megszűnése	615
181. §. A tutela	616
182. §. A cura	620

BEVEZETÉS.

1. §. A római jog tananyagának felosztása.

A 28291/83 számú min. rend. értelmében a történeti szigorlatnak tárgya „a római jog” „a pandektajog befoglalásával”. Erre a szigorlati tárgyra akar a jelen könyv előkészítőül szolgálni. Magában kellene tehát foglalnia mindazokat a disciplinákat, a melyeket „római jog” gyűjtőnévvel egybefoglalunk. Ilyen disciplina pedig 4 van: *institutiók, pandekták, a római jog története és a római perjog.*

1. *Institutiók* névvel a rómaiak kis kézikönyveket, bevezető tankönyveket jelöltek meg. Ilyeneket irtak Marcellus Gaius és ilyet állíttatott össze Iustinianus is. Ma is a római jogba bevezető tankönyveket értenek rajta, miknek terjedelme azonban a különböző tanrendszerek szerint különböző. Külföldön az *institutiók* csak egy semesternyi studiumot adnak, ezért ott az ily czímen írt könyvek sokkal kisebb terjedelműek, mint a nálunk közkézen forgó ily jellegű művek.

A római jog tananyagának ezt a részét a szigorlatra készülő Vécsey és Kajuch művében úgyis megtalálhatják, ezért könyvünk erre vagy általában nem, vagy néhol csak vázlatosan terjeszkedik ki, mindenütt azonban a két tankönyv szükséges anyagára utal. Ezt pedig olyképp teszi, hogy a készülő e könyv rendje szerint haladhasson, és a fenti két művet mégis megismerhesse, úgy hogy remélni merjük, hogy az így készülő bármely tanárnak meg fog tudni felelni. (És sajnos, a mi egyetemi rendszerünkön ez a főczél.) Ezzel meg van adva könyvünk jellege is. Nem tudományos könyv kíván lenni, hanem csak jó előkészítő.

2. *Pandekták.* E fogalmat a 2. §-ban magyarázzuk meg, ott mutatjuk ki, hogy mi mindenfélét értenek rajta.

Ez anyagra alkalmas magyar tankönyv nem lévén, főleg ez lesz tárgyunk. Eredetét itt sem akar könyvünk adni, hanem Schwarz Gusztáv tanár úr egyetemi előadásai sorrendjét követve főleg az előadások nyomán, a mely részre pedig ezek nem terjeszkedtek ki, nevesebb külföldi művek alapján készült. De még a pandekta-anyag tekintetében sem tart teljességre számot, mert itt is szem előtt tartottuk célunkat: nem tudományos pandektákat, hanem alkalmas előkészítőt akartunk írni.

3. *A római jog története.* Külföldön ez külön studium, nálunk az institutiók bevezetéseként szerepel. Ugyanez a sorsa

4. *a róma perjognak*, a melyet már nemcsak külföldön, hanem néha nálunk is külön szoktak tárgyalni. E két anyag tekintetében a nálunk dívó felfogást követjük, és így a történetet a bevezetésben, a perjogot pedig az általános részben adjuk, persze csak vázlatosan és utalással a közkézen forgó könyvekre.

2. §. A pandektajog fogalma és tárgyalási módszere.

A pandekták névvel nem egy forgalmat jelölünk meg. Értjük alatta először is a Iustinianus codificálta jog, a *corpus iuris civilis*, egy részét, melynek neve: *Digesta seu Pandectae*. Ez tulajdonképpen gyűjtemény, szemelvény, anthologia a római juristák műveiből: mindegyikből persze csak egy pár sor, de úgy, hogy az ugyanahhoz a materiához tartozó fragmentumok egymás mellé vannak illesztve.

(Németországban ma pandektajog alatt értenek (még néhány évig érvényes) *positiv jogot*, mely bizonyos területen uralkodik, ott alkalmaztatik. Németországban még a múlt század végével mindenütt csakis ez a bizonyos jog volt érvényben, és noha azóta sok helyütt particularis codificatiók kiszorították, a hol ily codificatio nem történt, ma is érvényes. Most azonban a nagy német codificatio befejeztetvén, 1900. jan. 1-én itt is megszűnik a német értelemben vett pandektajog használata, hogy helyet adjon, ép úgy, mint a német (s utána a magyar) kereskedelmi törvényben történt, most a német polgári törvénykönyvben is az alább kifejtendő értelemben vett pandektajog uralmának. A német értelemben vett pandektajognak főforrása ugyan a Justinianus corpus iuris civilise, de a mellett forrásai még a kánonjog, a hűbéri jog és bizonyos „Reichsabschiedok és Reichsgesetze.” Ebből származott egy *mixtum compositum*, a melyet a múlt században usus modernus pandectarumnak, ma pandektajognak hívnak. Mi pandekták alatt azonban nem ezt értjük.

A 12. században, a mikor a bolognai egyetemen újból felfedezték a római jogot, a tudományos foglalkozásnak főtárgya a corpus iuris civilisnek pandekták néven ismert része volt, úgy hogy Pandekták alatt a glossatorok óta a *római jogot* értették a maga egészében. Értettek tehát alatta nemcsak magánjogot, hanem büntető, sőt államjogot is, mert hiszen a corpus iuris civilis ezt is magában foglalja. Ez a szónak már harmadik jelentése, a melyet azonban a múlt századtól kezdve szűkebb értelemben használtak, a mennyiben a pandekta szót nem az egész corpus iuris civilisbeli jogra, hanem csak a *római magánjog* fogalmára szorították.

Németországban a 15. század folyamán végbement az ú. n. receptio. Ez a folyamat akkor az egész kultúra terén volt észlel-

hető: felfedezték az antik világot, és mindenben utánozták. Így a jog terén a *corpus iuris civilis* lett a jelszó. Az egyetemeken mint tudományt csakis ezt tanították, és az emberek, kik az egyetemekre jártak, az életbe ezt hozták magukkal. Jogtudás alatt a római jog, tehát a pandektajog tudását értették. Ez a jog kiszorította a hazai jogokat, és így a római jog lett a *jog par excellence*. De nemcsak Németországban, hanem egyebütt is. Németországban különösen azért, mert az olasz egyetemeken az olaszok után a legnagyobb számmal a németek voltak. De meg azért is, mert a német hazai jogszokások nem voltak egységesek, és így nem tudtak ellentállani a recepciónak. Recepciónál azonban szó lehet nemcsak Németországban, s nemcsak Franciaországban az ú. n. írott jog (*droit écrit*) területén, hanem recepció történt Európa minden részében, még ott is, a hol sokáig azt hitték, hogy nem is volt. Így Angolországban, Svájcban (bár itt a germán jogszokások erősebben maradtak meg, mint magában Németországban), és recepció történt nálunk, hazánkban is. Annyi bizonyos, hogy nem abban az értelemben, mint Németországban, a hol egy *Reichsabschied* kimondja, hogy a bíróság köteles a római jogot alkalmazni. De másrészt bizonyos, hogy Mátyás korában törvény volt ily értelemben készülőben. Dell'Adami Rezső volt magántanár ki akarta mutatni, hogy Verbőczy tisztán római jog. Ez ugyan túlzás, de annyi tény, hogy több benne a római jog, mint el szokták ismerni.

A pandektajog sokféle meghatározása után már most mi pandektajog alatt értjük: a római jogot abban az alakban, a mint a *corpus iuris civilis*ben foglaltatik, mindazonáltal úgy, a mint ebből a modern világnak jogtudománya a magánjogi elméletet kiconstruálta. Tehát a *római magánjog modern felfogásban*. Ebből két elem jellemző, hogy t. i. alapja a *corpus iuris civilis*, és hogy a formája modern. Pandektajog tehát a *corpus iuris civilis* alapján fejlődött modern magánjog tana, a mely bizonyos értelemben ma is azt a szerepet játszsza, a melyet a római jog tana játszott a középkoron keresztül. Valamint a középkoron keresztül római jog alatt értették a *ratio scriptát*, valami állandó érvényű jogot, úgy ma is a pandektajog tanának bizonyos nemzetközi érvénye van. A mit mi pandektajognak nevezünk, a magánjognak a *corpus iuris*ből kifejlesztett elmélete, változatlanul tanítatik ott is, bár nem ezen név alatt, a hol hazai *codificatiók* vannak. Mert minden *codificatióból* ki lehet mutatni, hogy mennyi és mi az, a mi át van véve a pandektajogból, és mi benne az eredeti.

Igy fogva fel a pandektajogot, tárgyalási módszerünk is meg van adva. Tárgyunk anyaga más, mint a németeké, más a módszerünk is. Ránk nézve a pandektajog nem mint tételes élő jog érdekes, hanem mint jogi elmélet, mely részben megvan de *lege lata* minden népnél, és nálunk de *lege ferenda* is érdekes. Ezért

mi egyenlőtlenebbül fogunk tárgyalni, mint a németek, többet mondunk ott, a hol érdekes, kevesebbet, a hol kevésbbé az.

Másfelől más a terjedelme, anyaga és tárgyalási módszere a pandektáknak, mint az institutióknak. 1. Terjedelem tekintetében: Institutiók alatt értik a bevezetést a római jogba „prima cunabula iuris“, ellenben a pandekták már a római jog dogmatikáját adják, tehát terjedelmesebbek; mert a pandekták droit Romaine aprofondi. 2. Módszer tekintetében: az institutiók módszere, történeti, dinamikus; a pandektáké dogmatikus, staticus. 3. Anyag tekintetében: az institutiók anyaga a római jog Justinianusig, és itt megállapodnak, holott a pandekták csak ott kezdődnek, a hol az institutiók megállapodnak. Mert a pandektajog anyaga az a jog, a mely meg van rögzítve a corpus iuris civilisben. Hogy miért indulunk ki a justinianusi jogból? Azért e, mert talán ez volt fénykora a római jognak? Korántsem! Hanem azért, mert a római jog a maga történeti missióját, a maga diadalútját nem a Labeo, a Celsus műveinek, hanem a corpus iuris civilisnek formájában tette meg. És míg végül az institutiók a római jog magán- és közjogi intézményeit adják elő, addig a pandekták csak a magánjogot.

3. §. A római jog történetének vázlata Iustinianusig.

Mint hogy, mint már az 1. §-ban is kifejtettük, e könyv nem tudományos értelemben vett pandekta-jognak, hanem szigorlati segédkönyvnek készül, szükséges, hogy a maga helyén mindig visszatérjünk az institutio anyagára, megelégedvén azonban rövid vázlattal és a közkézen forgó institutio könyvekre való utalással. Itt is dióhéjban igyekszünk megadni a római jog külső történetét Iustinianusig. A jogtörténet-tudvalevőleg Leibnitz felosztotta külső és belső jogtörténetre. Belső jogtörténet maguknak az egyes intézményeknek története, míg külső a jogforrásoknak vagy kútfőknek története. E helyütt az úgy nevezett külső történetet adjuk.

A római jogtörténelem a római jog 1200 esztendőös fejlődésének története Róma városa alapításától (753 Kr. e.) Iustinianus császár uralkodásáig (527—565). Ezen korszak politikai története megmondja, hogy a kis város parasztlakóssága hogy lett az ismert világ felett uralkodó világhatalommá; s evvel karöltve jár a római jogfejlődés, mely azt mutatja, hogy miként fejlődött e parasztpolgárok korlátolt, merev és szűk jogköre a világot hódító corpus iurissá. Ezt a történetet 4 korszakra osztja a szokásos felosztás, melyet a jogtörténet is helyesel:

1. A királyság jogának története.
2. A respublica jogának története.
3. A principatus jogának története.
4. A keresztény császárság jogának története.

(Ha a római jog fejlődését tüzetesen kutatjuk, vannak egy-két százados eltérések, úgy hogy egyes tudósok: pl. az olasz jogtudós Padeletti csak 3 korszakot különböztet meg. Szerinte a II. korszak Karthágó pusztulásánál (146) végződik. A 4 korszakra való felosz-

tás azonban elterjedtebb.) A 4 korszakról nem tudunk egyenlően beszélni; ránk a maga egészében csak a *corpus iuris civilis* maradt, melyből a *res publica* és a *principatus* jogviszonyaira lehet következtetni, míg a királyságról sem politikai, sem jogi hiteles adatunk nincsen, hanem csak homályos vonatkozásaink vannak.

I. Az első korszak terjed a XII táblás törvényig (753—451/50 Kr. e.) „a *leges duodecim tabularum*“-ig. A királyok kiűzetése után a *secessio plebis* in montem sacrum (454) nyomán a patriciusok és plebeiusok közt megkötött béke első termékeül láttak napvilágot e törvények, úgy, hogy a plebs követelésére Pomponius szerint *Terentilius Arsa* indítványára Görögországba és Dél-Itáliába 3 embert küldtek, s mikor ezek a soloni és egyéb törvények tanulmányozása után visszatértek, 10 férfit választottak a patriciusok sorából („*Decemviri consulari imperio legibus scribundis*“), a kik a törvényeket 10 táblában codificálták. A következő évben pedig 451-ben az előbbi decemvirek sorában is bevolt Appius Claudiuson kívül csupa új decemvireket választottak, kik a meglevő 10 táblához még kettőt csatoltak.

Az első korszak a szokásjog uralma alatt áll. E korban törvényt nem hoznak, csak a szokást követik. Beszélnek ugyan „*iuris Patritiumum*“-ról és *leges regiae*-ről; de ezek nem hitelesek, és csak a régi szokásjog feljegyzései lehettek. A legrégibb hiteles documentum a „*Leges duodecim tabularum*.“ Ez a plebeiusoknak második győzelme a patriciusok fölött. Az első a Servius Tullius-féle alkotmány (l. Vécsey 18—21), mely nem a patricius közönségre, hanem a vagyonra alapítja az államot. A XII táblás törvény pedig írott törvényeket ad a népnek, melyek őt a bírói önkény ellen megvédik. Bármily kemények is e törvények, mégis haladást mutatnak fel a szokásjoggal szemben. És akármennyire változtattak is rajtuk a gyakorlatban, elméletileg mégis érvényben maradtak a *corpus iuris civilis*ig. (Maga az eredeti szöveg odaégett a gall betörések alkalmával. Bruns és Mommsen „*Fontes iuris Romani*“ című művükben 100 töredéket iparkodtak helyreállítani.) A mai joghoz viszonyítva nagyon primitívek, s az abstractságból, melyet ma törvényeinkben megkívánunk, nem találunk bennük semmit, hanem inkább lapidaris stílussal concret esetekkel foglalkoznak.

Tartalmilag bennök a büntetőjog a magánjog felett uralkodik, mint minden primitív jogban, mert ennek feladata a vad ösztönöket fékezni; de mégis fejlettebbek, mint az ind, kelta, zend vagy Mózes-féle törvények; van bennök sok magánjogi intézkedés is, a mi arra vall, hogy a római népnek nagy jogi értelme volt. A *formát* illetőleg bennök szigorú formalitás uralkodik; minden egyes jogügyletnek megvan a maga megszabott formája, vallásos ceremóniája; a mi ismét közös jellemvonása a primitív jogoknak, hiszen eredetileg vallás, erkölcs és jog szorosan összefüggtek.

A XII táblás törvény korában a családi élet feje a paterfa-

miliás: az övé minden a házbán: ember, dolog, állat: familia pecuniave. Hatalma mindezek fölött: manus. Ez még ekkor korlátlan jog: ius vitae ac necis, melynek határát nem a jog, hanem az erkölcs és illem szabta meg. Így korlátlan a hitelező joga is adósa felett, bár a XII táblás törvény már némileg határok közé szorítja. Forgalmi ügylet csak kettő van e korban, a nexum és a mancipatio. Mind a kettő bizonyos szavakhoz volt kötve, és ha a felek csak egy szót is elhibáztak, az ügylet érvénytelen volt.

II. A XII táblás törvény alapja a római jognak, Cicero is említi, hogy az ő idejében, tehát 400 évvel eredete után könyv nélkül tanulták. In praxi a római jog kivetkőzött ugyan ennek szigorú formájából, elméletileg azonban nem. A következő 3—4 század az interpretatio, transformatio korszaka. E tekintetben a római és angol jog között párhuzam észlelhető. Itt is, ott is ritkán hoznak törvényt, s ezt nem újabb törvényekkel, hanem a gyakorlat útján igyekeznek javítani. Ez fejleszti a jogot, nem a legislatura.

Ez nyilvánult az interpretatio korában, a mely 3 századon át követi a XII táblás törvényhozást. Az interpretatiónak művészete az, mely létrehozza azt a bámulatos technikát, melyet a római jog sajátjának lehet mondani. Az interpretatio lényegileg t. i. két tekintetben jellemző: 1. lehetőleg mereven ragaszkodik a XII táblás törvény betűihez, tehát rigorismus, formalismus jellemzi; de 2. a forma megtartása mellett csavarint az értelmén, s így fejleszti tovább a jogot. Így történt, hogy az interpretatio új jogintézményeket, jogügyleteket hozott létre. Pl. a XII táblás törvény szabálya: „confessus pro iudicato est“, alperest, ha nem tagad, elítéltnek tekintik, és a végrehajtást azonnal megindítják ellene (manus iniectio). Ezt felhasználták egy új jogügylet létrehozására. A színleges alperes hallgatott, s ezzel tulajdonát átengedte a felperesnek (in iure cessio). Sohm remek művében több példát hoz fel az interpretatio működésére, így az emancipatio fejlődését stb.

Az interpretatio organumai, kik a jogalkalmazást közvetítették, a pontifexek voltak, a jog, mint minden primitív államban, szoros kapcsolatban lévén a vallással. Ők őrizték a sacralis törvényeket, a „fas“ jogát. Egyedül ők tudták, hogy mi a jogi calendarium, azaz hogy milyen napon milyen jogügyleteket szabad végezni (dies fasti et nefasti). Politikai tekintélyük megvédése végett gondosan őrizték ezeket, s ezért ők voltak az interpretatio egyedüli kezelői. Nagy haladás volt tehát, mikor Cneius Flavius (Appius Claudius szabadosa) 304-ben Kr. e. először publicálta az eddig szigorúan titokban tartott legis actiókat és calendariumot. Ezen időtől fogva a jogtudomány laizáltatik, és ez volt tulajdonképpen a „ius Flavianum“-nak a jelentősége. Ez időben kezdődik a jog plebeizálása is, és 250-ben Kr. e. már az első plebeius pontifexxel találkozunk: Tiberius Coruncaninussal.

III. Ez a nemzeti jogrendszer, mely a XII táblás törvé-

nyen épül, addig tiszta, míg a *populus Quiritium* magába zárt népfaj maradt. A római népnek azonban missiója az volt, hogy világhatalommá legyen, a mi meg is van alapítva a második században Kr. e., midőn a pún és achaji, továbbá a kis-ázsiai háborúk be vannak fejezve. Róma lakossága egy évtized alatt különféle néppel vegyült, a rómaiak a provinciákba, a peregrinusok pedig Rómába költözködnek. Ettől fogva a *ius civile*-nek, a nemzeti jognak nincs maradása.

A rómaiak ugyanis a personalitas elvét követték, kiki a maga nemzete joga szerint élt. Így a peregrinus Rómában jogtalan volt, nem köthet érvényes ügyletet, családot jogi értelemben nem alapíthat. De akár elismerte a *ius civile*, akár nem, forgalma volt a peregrinusnak is, és ha bíró előtt nem is érvényesíthette, védte az illem és erkölcs. Ez alapon fejlődött ki a forgalom peregrinus és civis közt. A jog sokáig ez elől nem zárkozhatott el, és így végre 242-ben a praetor peregrinus tisztének creálásával e forgalmat elismeri. Ez a praetor peregrinus mond jogot inter cives et peregrinos, vel inter peregrinos. Ennek foruma előtt fejlődik a *ius civile*-vel szemben a *ius gentium*, a népek joga, mely a peregrinusok forgalmából aztán kilép a római jog területére is. Valamint tehát a XII táblás törvény harcznak köszöni eredetét: a patriciusok és plebeiusok közti harcznak, úgy a peregrinusok és rómaiak közti harcznak köszönhető a *ius gentium* is, mely a *ius civile* mellé kerül. Ez a *ius gentium* napról-napra nagyobb fontosságot nyer, és nonsokára háttérbe szorítja a *ius civile*-t. E processusban három korszakot különböztethetünk meg: 1. A *ius gentium* kezdetét, 2. a dualismus korát, a midőn a két jog egymás mellett áll fenn; ez összeesik a principatus korával, és 3. az egyesítés korszakát, a mikor ez a discrepantia megszűnik, s a két iusból egy alakul, mely operatiót bizonyos fanatizmussal Justinianus fejezi be. Ezen processus eredménye a *corpus iuris civilis*, a mely tehát 7 század műve. Ekkor már *ius civile* névvel a régi *ius civile*t és a *ius gentium*ot együtt jelölik meg.

A *ius gentium*nak alakulásában 3 tényező működött közre: 1. A praetori edictum. 2. A principatus korában a jogtudomány. 3. A keresztény császári jog, a constitutiók.

A praetori edictum. A praetor (367 Kr. e.), valamint az aedilis és a többi magistratus is a patriciusok és plebeiusok harczának eredménye. 367-ig a consul látta el a jogszolgáltatást. Ekkor azonban plebeiusi consul választatván, a patriciusok a jogszolgáltatást kivették a consul, (kinek neve addig szintén praetor volt,) kezéből, és egy új patriciusi magistratust alkottak: a praeturat, melynek feladata a peres és perenkivüli jogszolgáltatás volt. Így 367-től fogva a praetor bíraskodik, még pedig a *ius civile* szerint. De mikor az idegenek nagyobb számmal kezdenek fellépni, mint láttuk, külön praetort kapnak. És ekkor már két praetor van: praetor urbanus

és praetor peregrinus. (A praetorok száma később még inkább nőtt, úgy hogy egyes ügyek elintézésére külön praetorok voltak hivatottak, pl. a praetor tutelaris, fideicommissarius stb.) A praetort egy évre választották és szokásban volt, hogy megválasztásakor kihirdette, hogy milyen elvek szerint fogja kezelni hivatalát, jobban mondva, milyen legis actiókat fog használni. Ez a programbeszéd volt az edictum, a mely egy fatáblán volt kifüggesztve, szemben a forumon szintén kifüggesztett 12 ércztáblával. Hogy fatábla volt, az azt jelentette, hogy a rajta lévő intézkedések csak ideiglenesek, egy praetor hivatali idejére terjednek, míg a XII táblás törvény örök érvényű. Fehérre lévén meszelve, a tábla neve album volt, a melynek megsértése delictum számba ment.

A praetor peregrinus tribunálján nem voltak szigorú rituálék találhatók, mint a praetor urbanusén, mert hiszen ezek a ius civile hagyományai voltak, ő pedig nem e szerint járt el. Neki szabad keze volt, őt a XII táblás törvény nem kötötte, s előtte más közönség is fordult meg, mint a praetor urbanus tribunálja előtt: csupa idegen, különböző nemzetiségű. Teljesen szabad keze lévén, ő mintegy kísérleti állomás volt, ő próbálta ki az idegen intézményeket, a nála bevált jogszabályokat aztán utódja átvette tőle, sőt a mennyire tehette, a praetor urbanus is igyekezett alkalmazni. Ez eleinte lassan ment, de később már ez az irány rohamos fejlődést vett.

A praetor peregrinus a pert csak bevezette, meghatározta az eljárást, s a mikor látta, hogy kiról-miről folyik a per, s hogy a felek már a bizonyításba fognak bele, hogy tehát már a ténykérdési vita kezdődik, akkor a további eljárást, a ténykérdést, laikus esküdtre, iudexre bízta. A iudex mondott aztán ítéletet a praetor utasítása alapján a tényállás eldőlte szerint. Tehát a iudex ítél, de a praetor utasítása szerint, az ő nevében. Ez az eljárás szükségessé tette, hogy a praetor az iudexet hivatalosan értesítse a perről, és ebben az értesítésben a per már hypothetice el volt döntve. (Ha az, mit felperes állít, igaz, akkor alperest ítélj el, ha nem igaz, mentsd fel.) Ez az értesítés volt a formula, mely a perrel együtt a iudexhez átment. Nem tudjuk, hogy mikor, mely alkalomból használta ezt először a praetor urbanus is. Tény az, hogy egy lex Aebutia már általánosságban kötelezővé teszi, megszüntetvén a legis actionalis eljárást. Valószínű azonban, hogy a praetor urbanusok már azelőtt is szokásból éltek a formulával. A lex Aebutia, melyet a Kr. e. 2. századba kell tenni, tehát alapjában véve a formulával együtt behozza a ius gentiumot, s ezóta rohamosan haladt a ius gentiumnak a római jogba való materialis értelemben vett behatolása. Hiszen abban a pillanatban, a mikor a praetor a jogszolgáltatás terén már nem a ritualis legis actióval élt, nagy szabadságot nyert. De azért külsőleg még mindig érintetlen maradt a tétel: „praetor ius facere non potest“, a valóságban azonban mégis csinált jogot, mert ő határozta meg a formulát és a peres fél joga csak akkor ért valamit, ha ő

formulat adott neki. Conservativismus uralkodott itt is: a *ius civile*-a praetor nem sérti, csak interpretálja, de a mire szükség volt, azt beleolvassa. Így a *iuris civilis adiuvandi gratia* működés színe alatt a *supplendi és corrigendi gratia* művét is végzi.

A lex Aebutia tehát a fordulópont, a mióta a *ius gentium* praevaleáló módon hatol be a római jogba; a praetor urbanus más jelentőséget nyert, s a praetori edictumok nem a legis actiók ismétlései, hanem a *ius gentium* hirdetőivé lettek. Ez a fejlődés a Kr. előtti 2. századig tart és Cicero idejében, tehát a köztársaság utolsó éveiben befejezettnek mondható. Ezentul is hirdetnek ugyan edictumokat, de innét kezdve az edictum *translatitiummá*, hagyományossá lesz. Egyes részleteket, formulákat ugyanis egyik praetor átvett a másiktól, így keletkezett az *edictum tralatitium*. Az utód nem tartozott ugyan ezt tenni, új formulát is hozhatott, változtathatott a régin, sőt jogilag a praetor még a maga edictumához sem volt kötve, és működésért csak az év végén felelősségre vonható. Azonban az illem, a szokás, az erkölcs megkívánta, hogy respectálja a maga és előde edictumát, melyhez ő, az új praetor, rendszerint csak új *clausulát* csatolt. Így Cicero in Verrem felhossa bűnül, hogy edictumát sine ulla religione megszegte. Csak 87-ben, a lex Corneliával, Kr. e. lett jogi szabálylyá, hogy a praetor köteles edictumához ragaszkodni. Az év elején kibocsátott ez az edictum: az *edictum pernetum*, a melyet nagyrészt elődjétől vett át. A mi újat ő ehhez csatolt, volt az *edictum novum*, az évközben pedig hirtelenül szükségessé vált új intézkedés az *edictum reventitum*, melylyel szemben az év elején az egész évre terjedő hatállyal kibocsátott edictum az edictum perpetuum (A praeses provinciae is bocsátott ki edictumokat, de miután a rendrend Rómában az volt, hogy a magistratus eltelte után az illető római tisztviselő kapta a provinciát, s így a praeses provinciae edictumai nem voltak egyebek, mint a római edictumok szó szerinti ismétlései. Ennek következtében a praetor urbanus, a praetor peregrinus és a praeses provinciae edictumai [már Cicero szerint is] meg-egyeztek.)

A köztársaság vége felé a praetor munkája be van fejezve, ekkor már az edictum egy stereotyp valami: edictum perpetuum, állandóan ugyanaz, melyet az egyik praetor már minden módosítás nélkül átvész a másiktól. A Kr. u. 2. században Hadrianus levonta ebből a consequentiát. Megparancsolta, hogy a tenyleg már úgy is végleges, állandó edictumokat revideálják, hogy jogilag is véglegesekké tehesse őket; tehát codificációt rendelt el. 129-ben Kr. u. adta ki ezt a parancsot a praetor urbanusnak: Salvius Julianusnak, a híres jogtudósnak. Ez átnézte az edictumokat, s codificált alakba hozta őket. Ezzel a művel, melynek neve *edictum perpetuum*, a fejlődés alakilag is be volt fejezve, anyagilag már régen az volt. Tartalmailag az edictum perpetuum az *ius gentium* érvényesítése. A *ius praetorium*, vagy másképp *ius honorarium*, mely az

ius p. foritum est per edictum praetoris, interdictum, auctoritatem, auctoritatem et supplendi et corrigendi gratia. Ius p. ha purpurae habet, publicum.

edictumok alapján alakult, tehát behozta az *ius gentium*ot. De azért a *ius honorarium* fogalma nem esik össze a *ius gentium*éval. (A terminus technikusok tekintetében óvatosaknak kell lennünk. A *ius civile* elnevezés alatt pl. többfélélt értünk. Értjük először is: a régi XII táblás törvény jogát és az azon alapon fejlődött interpretációt, tehát a *ius Quiritium*ot, azaz a csakis római polgárra vonatkozó jogot, a mely tudvalevőleg *ius strictum*, szigorú, formai jog. Ezzel szemben áll a *ius gentium*: a rómaiak által részben alkotott, részben elismert jog a peregrinus forgalom számára és természetesen, mint láttuk, a maguk számára is. Ez a jog már nem *strictum*, hanem *ius aequum*. A kettőt aztán egyesítette Justinianus, és az így egyesített jogot jelenti a *ius civile* tágabb értelemben. A *ius civile*-nek van azonban harmadik értelme is. Ez nem a tartalom, hanem a forrás különbözőségén alapszik. A praetori és aedilisi edictumban kifejtett jog, a melyről épen most szóoltunk: a *ius honorarium*, *praetorianum*; ezzel szemben minden egyéb forrásból származó jog is *ius civile*. A *ius honorarium*-ban van *ius gentium* (a praetor peregrinus és a praetor urbanus iuris civilis corrigendi gratia működése), de van *ius civile* is, t. i. az első, a tartalmi értelemben vett *ius civile* (a praetor urbanus iuris civilis adiuvandi és supplendi gratia működése). A harmadik értelemben vett *ius civile*-ben is van úgy *ius gentium* [császári törvényhozás stb.], mint *ius civile*. — Így az *edictum perpetuum* terminusnak is két értelme van. Jelenti első sorban Hadrianus codificációját, de jelenti szemben az *edictum repentinum*mal a praetor által kibocsátott állandó edictumot is.)

A Hadrianus edictum perpetuum alapja lett a későbbi irodalomnak: Ulpianus, Paulus commentárokat szerkesztettek hozzá. Maga az egész edictum perpetuum nem, de számos töredék maradt ránk a magyarázatokból, a melyeket Justinianus a Digesták-ban szedett össze, s így a commentárok által magyarázott töredékeket a Digestákban találjuk citálva. Ezeket kiírták, s körülbelül száz fragmentumot találtak, a melyeket Rudolff és Laenel próbáltak a valószínű összefüggésbe hozni „*Edicti perpetui quae supersunt*” című sikerült művükben. E fragmentumokban furcsa nyelvezeteket találunk, mert Salvius Julianus, mikor az edictumokat revideálta, igazi római mintára járt el: lehetőleg szigorú ragaszkodással a régi szöveghez codificált, s az edictumoknak régi formáját is megtartotta. Innen van a különféle nyelvezet, melyekből aztán az egyes tételek korára lehet következtetni. (Dernburg kísérelte ezt meg.) Az edictum perpetuum végén találunk egy csomó puszta formulát: *interdictum* formulákat, melyeket a praetor nem a legis actio mintájára, hanem szabadon adott ki, persponsiókat (in iure kötelezők), *exceptio* formulákat. Ezek teszik az edictum perpetuumnak a legrégibb alkotó részét, és ősrégi albumokból származnak. Elül vannak az újabb keletű formulák. Mindezekben a praetor nem parancsol s nem tilt, tehát jogot nem alkot, hanem csak formulát vagy *exceptió*t ígér. Ez volt, mint a perjogban látni fogjuk, az ő ereje és hatalma.

IV. Mihelyt az edictumok codificálva voltak, a fonalat a **jogtudomány (responsa prudentium)** veszi át. Ezt azonban nem kell úgy érteni, mintha Hadrianus előtt nem lett volna jogtudomány, vagy a lex Aebutia előtt nem edictum; de csak a megjelölt időben vették át ezek a jogfejlesztés vezérszerepét.

A jogtudósok azelőtt a pontifexek voltak. Jogtudományról azon-

ban nem lehet beszélni, hiszen a jog a patriciusoknak, s zártabban a pontifexeknek féltékenyen őrzött titka volt. Csak *Cneius Flavius* után laizálódik a jog. Az első nyilvános jogtudós *Tiberius Coruncanius*, az első plebeius pontifex maximus, „qui primus publice professus est”, a mint róla Pomponius mondja. Jogtudományról azonban és általában művészetéről és tudományról csak attól az időtől fogva lehet beszélni, a midőn a görög tudomány átszivárog Rómába, a melynek mint tudjuk, rendkívüli assimiláló képessége volt. Ekkor keletkezik az első tudományos könyv, *Quintus Mucius Scaevola* pontifex maximus: „*Libri horon*” vagy „*definitiones*” című könyve, mely 100-ban Kr. e. jelent meg. Erről Pomponius „*Enchyridion*” című művecskéjében azt írja, hogy: „*ius civile primus constiuit. (Generatim in libro octodecim redigundo)*”. A köztársaság idejéből még *Sextus Aelius Paetus Catus*: *Tripartituma* érdemel említést, a mely *ius Aelianum* név alatt is ismeretes.

A jogtudomány igazi fejlődése azonban csak a principatus idejében kezdődik. Augustus alatt ugyanis két iskola keletkezett: *Marcus Antistius Labeo* és *Caius Ateius Capito* iskolája. Az irodalomban nagy vita volt e két iskola felett. Bremer jogtanár kis könyvében, (melynek megjelenése óta a vita befejezettnek tekinthető), azt állítja, hogy nem Capito és Labeo, hanem követőik, Sabinus és Proculus állottak az élén a két tanintézetnek, melyek alapítása görög minta szerint történt. Pomponius egymás után fel is sorolja a successorokat. (Successio alatt valamely állás elfoglalását értjük, successorok tehát azok, a kik az iskola élén állottak.) Fizetéssel járt-e ez az állás vagy nem, azt nem tudjuk. „*Stationes iuris publice docendi*” élén állottak tehát Sabinus és Proculus. Pomponius nemcsak felsorolja a sabinianusokat és a proculianusokat, hanem röviden jellemzi is Labeot és Capito. Labeoról Tacitus is mondja, hogy szigorú, republicanus gondolkozású ember volt, míg Capito a régi dolgoknak híve. Labeo plurima innovare instituit. De ez a különbség nem jelent jogi ellentétet. Egészen tartalmatlan tehát az a bő jellemzés, a mi a két férfiúról sok helyütt olvasható. Minthogy ez a két iskola különálló volt és természetesen idővel nézeteltérések is voltak, szerették az alapítókat ellentétbe helyezni. Ellentét azonban a két iskola között valószínűleg nem is volt, hanem csak bizonyos versengés támadt köztük másfél századnyi egymás mellett való működésük közben.

A mi a két iskola híveit illeti, hogy az elvi megalapítókon kezdjük, Labeo kétségtelenül sokkal jelentősebb szerepet vitt, mint Capito; míg amannak nevével folyton találkozunk, emezére ritkán akadunk. A két iskola fejénél már ez másképp van; itt a Capito követője, *Massurius Sabinus* sokkal kiválóbb volt, mint Labeo utóda *Proculus*. „*Ad Sabinum*” címen írtak a commentatorok műveket, és *Ad Sabinum* cím alatt találjuk a Justinianus-féle Digestákban a jogtudomány egy nagy irodalmi tömegét. Sabinus ugyanis írt egy könyvet: „*Libri tres iuris civilis*” címen, mely alapja a rá következő

jogi irodalomnak, úgy mint eddig a Qu. Mucius Scaevola ius civile műve volt az. Sabinus volt továbbá Pomponius szerint az első, a ki fizetést kapott. Sabinus után az iskolát schola Sabinianak, vagy egy későbbi successor, Cassius Longinus nevéről schola Cassianának hívták, míg a másikat Proculeiana vagy Pegasus nevű jogtudós után Pegasianának.

Másfél századig tartott a római remekjog, a jogfejlődés fénykora. Hogy a jogtudós miképen folyhatott be a jog fejlesztésébe, annak magyarázata a következő. A régi jogtudónak és később jogtudósnak más volt a szerepe, mint ma. Ma egyszerűen a más erők által fejlesztett jogot dolgozza fel és ismerteti, a rómaiaknál azonban sokkal fontosabb volt a szerepe. Ennek eredete mélyen visszanyúl. Előbbi időkben ugyanis bizonyos konkrét ügyekre nézve a pontifex maximus mondott véleményt, mely aztán (Pomponius szerint) a praetorra nézve kötelező volt, hiszen a praetor és még sokkal inkább az iudexek a jogtudomány tekintetében laikusok voltak. Később a jog laizálásával a pontifex véleménye is csökkent horderejében. Augustusról mondja aztán megint Pomponius, hogy egyes jeles jogászoknak megadta a jogot, hogy királyi nyomatékkal responsumokat (egyes esetekre véleményeket) adhassanak, melyek azután a praetorra kötelezők legyenek. Ugyanezt a jogot Tiberius is osztogatta. Ha mindkét félnek volt respondeáló jogtudósa, akkor a kettő egymást paralizálta és a praetor saját belátása szerint ítél. Így ment ez az egész principatus idejében, úgy hogy Hadrianustól kezdve a jogtudós responsuma a praetorra már nemcsak a konkrét esetben, hanem egyszer s mindenkorra kötelező volt. Ezért is van a jogtudósoknak e korban oly nagy fontosságuk.

A római jogtudomány fejlődésének tetőpontja a Kr. u. második század első felébe esik. Hadrianus és az őt követő Antoninusok uralkodása alatt virágzik a tudomány és művészet, e korban élnek a legnevezetesebb jogtudósok is. Ebbe az időbe esik *Salvius Julianus* működése, a kit sokan a római jogtudomány legkiválóbb férfiaknak mondanak. Az edictum perpetuumon kívül vagy 100 könyvre terjedő irodalmi működést mutat fel. Legfontosabb a 90 könyvre oszló „Digesták” című műve, melynek alapja az edictum perpetuum, a mely, mint mondtuk, a fejlődő jogtudománynak központja. A későbbi jogi írók is „Ad Edictum” írnak magyarázatokat. Kortársai is mind kiváló szerepet visznek a jogtudományban. *Publius Juventius Celsus* a *Proculus* iskolájához tartozik. Tömör stílusa megközelíti *Africanus*-ét, tehát épenséggel nem sima. Híres a *Responsio Celsina*. Egyes complicált dolgokat ő rá vezetnek vissza, így könyvének egy helyére a *constitutum possessorium*-ot. Celsus mellett említendő *Africanus*. Tömör, nehéz stílusát a hagyományos „orux *Africanus*” jellemzi.

[Ezek az elsőrendű jogászok többnyire idegen származásúak. *Salvius Julianus* afrikai, *Africanus* afrikai, *Gaius* kisázsiai, *Pompo-*

nusról biztosan nem tudják, hogy hol született. A második század második felében és a harmadik század folyamán Paulus kivételével mind idegen, provinciái eredetű. A római nép ugyanis nem termelt művészetre, tudományra, de nagy asszimiláló képessége volt.]

Gaius és Pomponius az utolsók, a kik nostra scholáról beszélnek, ezentul nyoma vész az iskoláknak. E kettőről biztosan tudjuk, hogy Sabinianusok voltak. Utóbbi mint a római jog történetírója nevezetes. E tekintetben híres a már említett „Enchyridion” című művecskéje. Gaius eredetéről keveset tudunk. Bár nem volt ius respondendivel felruházva, az utókorra mégis nagy hatása volt. Ott szerepel a lex citationisban az idézhető öt remekíró közt; az ő műve alapján készültek Justinianus institúciói. De ránk nézve azért is fontos, mert a corpus iuris civilisen kívül az ő institúciója az egyetlen meglehetősen ép állapotban ránk maradt római jogi mű.

Az ezek után következő írók már nem tartoznak az iskolákhoz. Ilyen *Quintus Cervidius Scaevola*, elsőrangú jogász, ki görög provinciából származott és Septimius Severus császárnak a jogtudományban tanítója volt. Tanítója volt továbbá az afrikai származású Septimius Severus barátjának, *Aemilius Papinianusnak* is, a ki phöniciái eredetű volt. Ez utóbbi, mint praefectus praetorio, és a syr származású *Ulpianus* Septimius Severus udvarában éltek. Severus neje *Julia Donna* (syr származású asszony) ugyanis minden tekintetben „szép elme” volt, és udvarához hívta a legfőbb tudósokat, közülök az említett kettőt is. Ulpianus a királyné rokona is volt, és így nagy tiszteletben részesült. Ellenben Papinianus később megöletett, nem akarván megvédeni Caracallát testvérének Gaetának meggyilkolásáért. Sokan Ulpianust tekintik a legnagyobb jogtudósnak, és Papinianus fölé helyezik. (Brüsszelben az igazságügyi palotában az ő szobra képviseli a jogtudományt.) Ez azonban túlzás. Salvius Julianustól Papinianusig körülbelül egyenrangú jogtudósok élnek. De már Ulpianust és a későbbi *Paulust* a behatóbb kritika csak elsőrangú epigonoknak ismeri el. Ők maguk is úgy érezhették, mert Papinianust mintául vették, és jegyzeteket írtak műveihez: „Notae ad Papinianum”. Mind a kettőnek van „ad edictum” és „ad res iuris civiles”-hez című műve is. Ulpianus és Paulus ezen művei képviselik a justinianusi Digesták zömét.

Ulpianussal és Paulussal be van zárva a nagy jogtudósok sora, de azért nem következett egyszerre a nagy üresség, hanem egy századig tartó hanyatlás. Ránk maradt még *Herennius Modestinus* neve. Hogy pedig többnek nevével nem találkozunk, annak oka az, hogy a tudósok többé nem saját nevük alatt működtek, hanem császári constitutumokban vagy consistoriumokban. Diocletianus idejéből vagy 1000 rescriptum maradt ránk, melyek nem az ő művei, hanem a hivatalnokokká lett jogászokéi. Ezzel a jogtudomány története be van fejezve. A császárság, mely Tiberius alatt elnémitotta a népgyűlést,

és helyébe a *császári oratiót* hozta be, a mely elnémitotta Hadrianus idejében a praetori edictumokat, Diocletianus alatt elnémitja a jogászokat is, és helyökbé a császári constitutiókat lépteti.

V. A keresztény császárság idejében a jogfejlesztés szerepét a *császári constitutiók* veszik át. Diocletianus előtt is vannak már nagy számmal császári constitutiók, de a vezérszerepet még nem játszzák. Diocletianus óta azonban *lex* alatt már kizárólagosan a császári constitutiókat értjük, holott a köztársaság kezdetének idejében a népgyűlés (comitia) határozatait nevezték annak. Ekkor t. i. a *lex* a magistratus és a nép összműködése eredményének tekinthető; olyan szerződés az, a melyben az ajánlattevő a magistratus, az elfogadó a nép. (Innen van, hogy a rómaiak a magánjogi szerződést is *lex*-nek nevezték.) A *lex*, mint szerződés, csak a szerződő tagokra szól, és ez az oka, hogy az *ius civile* csak a római civiseket foglalja magában, az idegeneket pedig kizárja.

A *res publica* idejében olyképen jött létre a *lex*, hogy az illető magistratus, kinek *agere cum populo*, azaz népgyűlést összehívó joga volt, indítványát, mint *rogatiót*, a senatus elé hozta. Ez vitatja, módosítja, helyesli a javaslatot, vagy visszavonását javasolja. De ez mind csak ajánlat, tanács, melyhez a magistratusnak nem kell ragaszkodnia. Csakhogy, míg a senatusnak a maga auctoritása megvolt, a magistratus is figyelembe vette a senatus határozatát. A senatusi *auctoritással* felruházott indítványt nyilvánosan kihirdette (promulgatio), azután a nép *contio*-n megbeszélte, és végül a *comitia* (népgyűlés, eleinte a *curiata*, később a *centuriata*) szavazott felette. Velitis vel iubeatis? volt a kérdés és a szavazatra jogosultak vagy uti rogással, vagy antiquoval feleltek. Ha több, mint a fele elfogadta, akkor a rogatio visszakerült a senatushoz, és ez megadta neki a *patrum auctoritást*. Csak ezután lett a rogatio *lex*. De a *patrum auctoritas* pusztá ceremóniává fajul, mikor a 4. század óta a senatus az auctoritást köteles volt előre megadni. Így jöttek létre a *leges rogatae*, a milyenek a köztársaság, sőt Tiberiusig a principatus lexei is. Augustus alatt még egy csomó ilyen *lexet* hoztak, különösen agrar kérdésekre vonatkozólag; magánjogi jelentőségűek az ő idejéből a *lex Iulia de maritandis ordinibus* és a *lex Papia Poppaea*. Már Tiberius óta ilyen *leges rogatae* nincsenek, hanem csak *leges datae*.

(A régi törvényhozásnak egy sajátos neme volt a *lex* mellett a *plebiscitum*; quod est, quod plebs plebeio magistratu interrogante veluti tribuno constituebat. Tehát a míg a *lex*=populiscitum, a mely az egész népnek szól, addig a *plebiscitum* eleinte csak a plebs számára készült a *comitia tributa*n. 287-ben a *lex Hortensia* kimondta: *plebiscito omnis populus teneatur*. Ekkor a *plebiscitum* egyenrangú a *lex*szel, melyet régebben a *comitia curiata*n, majd a *centuriata*n szavaztak meg. Különben a XII táblás törvény óta

ezek a comitiák jogalkotó munkát alig végeznek, pótolja ezt a pontifex, praetor és jogtudós adta interpretáció.)

A principatus korában a comitia helyébe a *senatus* lép, Pomponius szerint azért, mert a birodalom terjedelme nem engedte meg a comitia, tehát az egész nép összehívását. Hadrianus óta a princeps csak a senatussal tárgyal. De már Augustus is maga nevezi ki a senatus tagjait, örökletes tagságot ad, megállapítja az ordo senatoriust. Ezek a princeps javaslatáról nem vitatkoznak, szó nélkül elfogadják, úgy hogy a fejedelem beszéde, az *oratio principis*, melylyel javaslatát benyújtotta, később lex számba megy. Így jönnek létre a *leges datae*. A senatus csak *pictus masculus*, a melynek később Konstantinápolyban is párja akad, a mikor azonban már nem törvényhozó testület, hanem a városi adminisztráció közege, és a legislatura, mint minden jogforrás, kizárólag a császár kezébe megy át.

Diocletianus óta a császár adja ki a *constitutio generalis*okat; ez tart Justinusig, sőt tovább is, és ez a törvényhozásnak egyetlen formája.

A köztársaság végétől Diocletianusig terjedő idő átmeneti korszak. Az eddigi princepsok is adtak ki constitutiókat, sakhogy ezeknek más volt az alkotmányos fogalmuk. Augustus ugyanis ép úgy mint Caesar, nem nevezte magát császárnak, csak Caesarnak, és az állam első hivatalnokának, magistratusának tekintette magát, a ki ius edicendi-jénél fogva *edictumokat* bocsát közzé, ép úgy, mint a praetor, imperiumi jogánál fogva pedig a neki alávetett magistratusoknak megbízásokat adott ki, *mandatumokat*. A princeps azonfelül az igazságszolgáltatás jogát, az iurisdictiót is gyakorolja, a praetortól a császárhoz lehetett felebbezni, sőt később közvetlenül a császárhoz lehetett fordulni, a ki ilyenkor bíró léte *decretumokat* adott. Mióta Hadrianus a praetori edictumokat codificáltatta, azóta az ius edicendinek a praetornál nem volt érvénye, hanem az is teljesen a császár kezébe ment át. A míg Augustus csak némelykor mondott igazságot, addig Hadrianus és Diocletianus óta a jog teljesen a császáré lett, a ki ezt edictum, mandatum, decretum és rescriptum alakjában kezelte. Ezek közül a két utolsó a legfontosabb. A *decretum* császári ítélet, akár felebbezés útján, akár közvetlenül kerül hozzá a per, a *császári responsum* vagy *rescriptum* pedig a responsa prudentium-ot pótolja. Ezek azonban kezdetben nem törvények, csak a törvényhez hasonló erejűek: *legis vicem habent*. A responsa prudentium a bírákra eddig is kötelezők voltak, most ezeket a császártól kéri és kapják. Néha a felek maguk fordultak (supplicáltak) folyamodvánnyal a császári cancelláriához, mire megkapták a subscriptiót melyet a felek a bírónak adtak át. A császári rescriptumok sok szempontból megegyeznek a régi praetori formulákkal, melyek a harmadik század második felében megszűnnek. Erről lex is hozatott; „De formulis sublati”. Ezen időtől fogva

csak egy bíró van, a ki szintén császári rescriptumot (formulát) kap. A szászári rescriptum tehát a régi formulát és reponsumot helyettesíti.

Míg Augustus idejében a császári törvények még mint *orationes principis* jelennek meg, addig a keresztény császárság idejében a császári constitutio már önállóan lép fel. A császári rescriptum, mandatum, edictum és decretum, egy néven a *constitutiones principis* az egyedüli jogforrás, mert már Diocletianus óta lex est, quod principi placuit. Ekkor ellentétben az előző koral, már nem a rescriptum és decretum, hanem az edictum és a mandatum a lex, a constitutio generalis, az általános érvényű jog. Ez a constitutio generalis magában foglalja az adminisztratív és a törvényhozás minden formáját. És ez a császári törvényhozás uralkodik egészen Justianusig, mint igen fontos, bár abszolút törvényhozás. Nyelv tekintetében barbár jellegű, mert idegenek dolgoztak rajta; tartalmilag ugyanaz a conservatismus uralkodik benne, amely a kezdetleges római törvényhozást is jellemezte. Iustinianus befejezi ezt a császári törvényhozást, de még ő is alkot egy csomó törvényt.

VI. A keresztény császársággal a jogteremtő tényezők sora be van fejezve, a császári törvényhozás fejezte be a római jog fejlődését. De még a keresztény császárság idejében is mindig vannak hatályban a constitutiókön kívül a régi törvények is. Már Cicero is panaszkodik leveleiben, hogy az ember nem találja együtt az érvényben levő jogot. Julius Caesar életrajzírója azt mondja e kiváló férfúró, hogy szándékában volt a jogforrások összegyűjtése, de úgy látszik, semmi sem lett belőle. Az anyag napról-napra gyarapodott. A császárság idejében már száz meg száz könyv járt kézről-kézre, összegyűjtve azonban a jogforrásokat sehol sem lehetett találni. Hivatkoztak még mindig a XII táblás törvényre, a praetori edictumokra és a responsumokra, de eredetiben nem is ismerték őket. Ezért nem is eredetiben idézték őket, hanem az épen divatos jogász munkájából. Ez a XII táblás törvény, a praetori edictumok és responsumok alkották, a *ius antiquumot*, vagy röviden *ius-t*. E hagyományos iussal szemben ellentétképen a császári constitutiókat *leges*-eknek vagy *ius novum*-nak nevezték. A kettő közötti különbség: 1. időbeli, mert *ius* a jog Diocletianusig, *lex* Diocletianustól fogva; 2. forrásbeli, a mennyiben a iussal a jogászok munkáiból ismerkedtek meg, míg a *lex* a császárság törvényhozása.

A jog tehát roppant tömeg volt, a korabeli emberek pedig ilyen munka megemésztéséhez és feldolgozásához nagyon aprók. A mi kiváló szellem van, az nem *iuris prudentiával*, hanem *theologiával* foglalkozik. Így a jogirodalom ez időben kivonatolássá (epithome) fajul. Végül a császár veszi a kezébe a nagy anyag rendezését, mint egyáltalában mindent. Már *Constantinus* elrendeli,

hogy bizonyos könyvekre hivatkozni nem szabad, pl. Papinianus könyveihez irt notae-re. *II. Theodosius* az V. század második felében Konstantinápolyban azon tervvel foglalkozik, hogy össze fogja állítani a jogforrásokat, még pedig úgy, hogy e munkában bennefoglaltassék a régi jog és az új törvények is. Tervét azonban nem valósította meg. De valamit mégis tett, t. i. nyugatrómai collegájával *III. Valentinianussal* együtt rendeletet tett közé (*lex citationis*), a melyben kimondja, hogy a közkézen forgó jogi művek melyikére lehessen hivatkozni. Messzire nem akart visszanyúlni, ő tehát csak a korában leginkább divatos jogászok műveit jelentette ki jogforrásoknak, jöllehet ezek közül egyik-másik már a hanyatlás korába esett. Kijelölte *Papinianust, Ulpianust, Paulust, Modestínust és Gaiust*, bár ez utóbbinak nem is volt ius respondendi-je. ő tehát utólag kapta ezt meg. Ezeket az írókat ruházta fel *Theodosius* „auctoritas” erővel, valamint azon jogászokat, kikre ezek hivatkoztak. (Ez úgy látszik csak annyit jelent, hogy az általuk hivatkozottaknak általuk idézett excerptumaira lehet hivatkozni. Az eljárás az volt, hogy a bírónak úgy kellett döntenie, a mint az őt tudós közül a többség vélekedett. Ha az autorizált tudósok mindkét vitás nézet mellett egyenlő számban nyilatkoztak, akkor az a nézet győzött, a mely Papinianusra hivatkozhatott. Ha azonban a Papinianus vitakérdésről nem szólt, a bíró szabad belátása szerint dönthetett.)

A lezet, tehát a császári constitutiókat, már *Theodosius* előtt két magánember foglalta össze a *Codex Gregorianus* (300 Kr. u.) és a *Codex Hermogenianusban* (350 Kr. u.). Ez utóbbi *Diocletianusnak* vagy 1000 rescriptumát foglalja magába. E két codex körülbelül a 3. század végétől *Constantinusig* terjed, és azért *Theodosius* a *Codex Theodosianusban* kiegészíti a saját koráig. *Theodosius* ilyképen *Justinianus* előmunkásává válik.

Justinianus ugyanis elhatározta, hogy a reá maradt forrásokból gyűjteményt készít. Először elhatározta, hogy össze fogja állítani a keresztény császárok constitutióit, mert a fenti 3 codex többnyire csak az előző pogány principatus korabeli decretumokat és rescriptumokat tartalmazta. Ezzel a munkával megbízta *Tribonianust*, és jogászokat rendelt melléje, a kik egy esztendő alatt el is készültek. Ez *Justinianus codexre*. Az erre következő 533-iki esztendőben bizta meg *Tribonianust* a másik munkával, melyhez már ez maga választotta meg a maga segédeit. Ez a munka pedig abból állt, hogy főleg a „*lex citationis*” alapján 39 jogász munkáiból kivonatot készített. Ezzel a munkával három esztendőt töltött el, és 2000 libert állított össze, melyekből excerptumokat csinált. *Justinianus* ezeket *Pandectae* sen *Digesta* czímen adta ki. A systema, melyet *Tribonianus* jónak látott követni, az edictum perpetuum systemája volt. A Digesták tehát 39 jogász könyveiből keletkeztek olyképen, hogy *Tribonianus* kiválogatott mindegyikből bizonyos töredékeket, és ezeket összeállította. A felsorolt jogászok 300 év folyamán éltek, úgy, hogy forma tekintetében nagy eltéré-

sek vannak köztük. Tribonianus szóról-szóra leírta ezeket a töredékeket, de tartalom tekintetében ott, a hol az új felfogás ellenkezett a régivel, javított rajtok. Így pl. a régi *mancipatio* helyett az új *traditio*t hozta be. Az *Emblemata v. Interpolationes Triboniani* (Tribonianus közbeszúrásai) tehát a régi szövegnek modernizálása. A Digesták 50 könyvre oszlanak, ezeken belül vannak titulus-ok, ezeken belül a fragmentumok bizonyos sorrendben. Együtt vannak az „Ad Sabinum” commentarok fragmentumjai, a melyek mintegy a régi *ius civile*t, az „Ad edictum” commentarok fragmentumjai, a melyek a *ius honorarium*ot, és a *casuisticus* jog töredékei, a melyek a jogtudományt tartalmazzák, mindig azok együtt, a melyek az illető titulus alá tartoznak. Még pedig olyan rendben vannak egymás után, a mint az egyes materiában többségben vannak az egyes tömegek fragmentumjai. Minden nagyobb tömegre volt egy-egy bizottság; pl. Sabinus bizottság, mely a sabinianusi massát, edictum bizottság, mely az edictalis massát, egy harmadik, mely a jogtudósok massáját, az u. n. papinianusi massát rendezte. A mit egyik tömegbe se tudtak elhelyezni, azt a titulus végére, mint appendixet függesztették. A Digesták iskolai tanítás és joghasználat céljából készültek. Az iskolai tanulást megkönnyebbitésére 7 parsra voltak felosztva. A Digesták a Justinianus-féle *codificatio* legfontosabb része, melynek minden jogos és jogtalan megtámadtatás daczára a legnagyobb historikus értéke van ránk nézve, mert megörökítette számunkra a római jogtudományt.

Justinianus ezen munkájával minden kétségnek végét akart vetni, s e célból előzőleg 50 *decisió*t (döntvényt) adott ki a vitakérdések eldöntésére. Minthogy ezek nem egyebek, mint császári *constitutió*k, de a *codex*ben nem foglaltattak, a *codex*et újból átdolgoztatta *Coder repetitae praelectionis* czímen. Az eredeti *codex* nem is maradt reánk, hanem csak ez a bővített kiadás.

Justinianus ezeken kívül egy rövid bevezető tankönyvről is akart gondoskodni a tanuló ifjúság számára, és Tribonianus s két segédje, Theophilus és Dorotheus által „*Institutiones*” czímen ki is dolgoztatott egyet. Tribonianus erre a célra Gaius *Institutio*it dolgozta fel. A kis mű átalakított Gaiusnak nevezhető, a sorrend is olyan, mint Gaiusnál. Justinianus ezt is mint törvényt és tankönyvet publicálta.

Idáig tehát 3 részből áll a *Corpus iuris*: az *Institutio*k 4 könyvéből, a *Pandekták* vagy *Digesták* 50 könyvéből s a *Codex Constitutionum* 12 könyvéből. Ezek 522—534 közt láttak napvilágot, de érvényre nézve egyszerre keletkezetteknek kell őket tekinteni. Justinianus bevezetésében ugyan azt mondja, hogy művében ellenmondás nincs, tényleg azonban sok benne az *antinomia*.

Justinianus munkája ezzel be lett volna fejezve, de törvényhozó *szenvedélye* magával ragadta, úgy, hogy 35-től kezdve minden esztendőben újabb *constitutio*kat adott ki. Ezeket a középkorban összegyűjtötték, és mint *Novellae leges* 138 könyvben 3 kö-

temben a *corpus iuris civilis*hez csatolták. Ezeknek nevezetesebb gyűjteményei az *Authenticum* és az *Epitome Juliani* név alatt ismeretesek.

Justinianus törvényhozása a *corpus iuris civilis* gyűjtőnevet csak a 16. században nyerte Godofredus nevű francia jogtudóstól.

*) A szigorlatokra készülőknek ajánlom, hogy a történeti részből még pótlólag így készüljön:

Kajuch: 14 68-ig (a jogtudósok közül csak az általunk említettek életrajzát és működését.). Vécsey: 13—141. oldal közti részből az illető kor szak területe, népessége, kormányzása, jogforrásai és jogi oktatása című, a 95-ik oldalon: Bölcsészet és jogtudomány, a 123-ik oldalon: A római jog 565-től 1453-ig, és a 126-ikon: A glossatorok, kommentátorok, humanisták feliratu §-okat A római jog iránt érdeklődő pedig itt olvassa el Sohm institúcióinak megfelelő részét is.

3. §. A római jog történetének vázlata a glossatoroktól máig.

A pandektajog története 800 esztendő történetét foglalja magában: a glossatorok idejétől a mai napig. Ezt a történetet még nem írták meg. Savignynek van egy: „Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter“, című műve, de a glossatoroknál tovább nem jutott. Egy másik nevezetes mű Stinzing: „Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft im Mittelalter“; ez is a pandektajog története, mert jogtudomány más nem létezett, mint római jog, s csak e században keletkezett a germanisták iskolája.

Madártávlatból nézve, a pandektajog tudományának történetében bizonyos két szélsőség korlátozza egymás túlzásait az *actio* és *reactio* törvényének megfelelően. Volt egy irány, a mely inkább a forrás szövegéhez tartotta magát, és annak a szövegnek mentől mélyebb ismertetését tűzte ki célul, megfelelkezve annak kiderítéséről, hogy a byzanci codex a practikus életnek mennyiben felel meg. Ezt az irányt nyomon követi a másik, a mely a gyakorlati élet nevében azt mondja, hogy a *corpus iuris* jogán változtatni kell; ez *usus modernus* akar fejleszteni.

Igy a *glossatorok*, a kik a 12-ik században a római jogot újból felfedezték, a *corpus* megismertetését, mint önzelt tűzik ki, ők más jogot nem ismernek.

Másfél század múlva a *postglossatorok* előveszik a *corpus*t, és alkalmazni próbálják. A német és olasz fejlődő városi élet, a városi kereskedelem, és ipar érvényesítik ekkor igényeiket a iustinianusi joggal szemben. És ha az akkori élet követelményeit a *corpus iuris* nem fedi, akkor a *postglossatorok* (*commentatorok*) pia *fraus*-sal beleolvassák, a mire szükségük van.

Ismét másfél század múlik el, míg fellépnek Cuiacius és Donellussal élükön az úgynevezett *francia humanisták*, kik ismét az eredeti szöveghez ragaszkodnak. Ez iskolának egyik oldalhajtása a

hollandi elegáns iskola, melynek jelszava: inkább a virág, mint a gyümölcs.

A 17. század látja a *német practicusok* iskoláját (Carpsoy), a mely az *usus modernus*t hangoztatja, tehát már bevallja a *corpus iuristól* való eltérni akarást. Még inkább *practicus* a 18. században a *rationalistikus (észjogi) iskola*.

E században ismét a *historikus* iskola visszatér a *corpus iuris* civilishez, és Savigny legsúlytöbb ítélete, ha valamire kisüti, hogy az „nem forrásszerű”, az „ujabbak visszaélése.”

A hatvanas évek óta és jelenleg is a *practicus* irány az uralkodó, a mely erős kritikát gyakorol a *corpus iurissal* szemben. Ennek legfőbb képviselői: Kunze, Windscheid és Ihering, a ki azt a mottót állítja fel, hogy: „a római jogon keresztül, de azon túl” kell haladni. A római jog megismerése tehát nem öncél, hanem eszköz.

ÁLTALÁNOS RÉSZ.

I. FEJEZET. A JOGSZABÁLYOK ÁLTALÁBAN.

5. §. A tárgyi jog fogalma.

A jog tárgyi értelemben az állami parancsoknak összessége. Parancsok alatt állunk mi az életben, az élet minden területén nemcsak a jog, hanem az illem, az erkölcs, a vallás részéről is. Ezek a parancsok hol összeillenek, hol különválnak. Némely dolgot tilt az illem, de az erkölcs és a jog nem; másokat az illem és erkölcs, de a jog nem, és így tovább. A különbség az illem, az erkölcs és a jog parancsai közt azonban nehezen határozható meg, ez idő és hely szerint más-más. Határt közöttük vonni nem lehet. A köszöntést nálunk az illem, Kinában a jog szabályozza. Bizonyos parancsokat, a melyeket egy időben és helyen az erkölcs szab, máshol vagy más időben a jog szabja. Elvileg tehát meghatározni, hogy mi kell, hogy tartalma legyen a jog, mi az illem és erkölcs parancsainak, nem lehet. A különbség nem a tartalomban, hanem a külső formában van. Jogi parancs az, a melyet az állam bocsát ki. Ellenben az illem és az erkölcs parancsait nem az állam bocsátja ki és tartja fenn — felállítja, fentartja és ellenőrzi a társadalom. (Hogy mi a társadalom az állammal szemben, az a jogphilosophia körébe tartozik.) És valeat, quod valet: az erkölcs és illem parancsai néha erősebbek, mint az államnak, a jognak parancsai. A társadalom parancsait követjük akkor is, ha helyességüket belátjuk, de akkor is, ha félszegnek találjuk őket. Ilyen pl. a párbaj. A jog, az állam tiltja, de a társadalmi parancs annyira erős, hogy ennek engedelmeskedünk, jobban félünk ennek, mint az államnak büntetésétől. Mert az állam is, a társadalom is gondoskodik róla, hogy ne csak parancsoljon, hanem hogy eszközei is legyenek, a melyekkel a parancs meg nem tartását megtorolja. De azért nem állíthatni, hogy mi a különféle parancsokat csak azért követjük, mert ezektől az eszközöktől félünk. A mi nevelésünk olyan, hogy a parancsot már csak azért is megtartjuk, mert parancsolva van. Hozzájárul ehhez még az is, hogy tudjuk, hogy úgy a jog, mint az illem és erkölcs végső gyökere az emberek érdeke, haszna.

A jognak ezt a definitióját, „hogy az állami parancsok összessége”; sokan nem fogadják el. Azt mondják, hogy a jog nemcsak parancsol, hanem tilt is, enged is, kijelent és magyaráz is. De könnyű belátni, hogy ezek a többi formái a jognak vagy más kijelentési formái a parancsnak, vagy egyáltalában nem jogszabályok. Modestinus azt mondja: legis virtus haec est: imperare, vetare, permitttere, punire. Ebből az imperare jelenti a parancsot, a vetare a tilalmat, a mi csak más formája a parancsnak, t. i. a nem tevés parancsa. A permitttere nem valódi jogszabály, a punire még kevésbé az. Mert nem a törvény, nem a jog büntet, a törvény csak parancsolja azt a cselekményt, melyet mi büntetésnek nevezünk. A törvény nem akaszt, hanem csak parancsolja a bírónak, hogy ő ítéljen el, a hóhérnak, hogy akasszon.

Mások ismét tagadják, hogy a jog csak állami parancs volna. Azt mondják, hogy a jog képzelhető más közületben is, nemcsak az államban, pl. az egyházjog. a nemzetközi jog. Kétségtelen, hogy az államokon kívül is vannak körök, a melyeknek parancsait az emberek követik. De ez a körülmény a parancsot még nem teszi joggá, mert hisz ekkor a tiltott egylet szabályai, a rablóbanda rendjét fentartó szabályok is jog volna. Pedig ezek mégse jogparancsok, hanem jogellenes parancsok. Ha ezt a kriteriumot, hogy „állami”, elvetjük, elvesztünk minden határszabást a jogszabály és minden más szabály között.

A jog főformájában, a törvényben, azonban gyakran olyan is van, a mi nem jogszabály, pl. Deák Ferencz, vagy a millennium emlékezete. Törvénynek ez is törvény, de a törvény nem mindig jogszabály, ép úgy, mint nem minden jogszabály törvény. A corpus iuris civilis is törvénykönyv, de vannak benne idézetek Homerosból. Ez azért még nem jog, épúgy, mint nem jog, ha Paulus azt fejtegeti, hogy a possessio a sedesből származik (A mi különben is helytelen.) Ezek a tételek nem parancsok, tehát nem jog, (feltevé, hogy a grammatikai látszat nem csal).

6. §. A jogszabályok nevei: A) alakjuk szerint.

Bármilyen is egy jogszabály tartalma, lényeges az, hogy parancsot foglal magában. De ez a parancs nincsen egyforma alakban kifejezve: az alak tehát nem lényeges. Ma a jogszabályokat többnyire írott szavakban fejezzük ki, — nem így hajdan, és ma sem mindig. Így beszélünk szövegezett és szövegezetlen jogszabályokról. Továbbá vannak jogtételek, a melyek magukban véve kifejezik a jogparancsokat, míg másoknak nincs önálló existenciájuk, hanem kiegészítenek más tételt. Vannak tehát önálló és önállótlan jogszabályok. Vannak végül jogszabályok, a melyek a parancsot közvetlenül kifejezik, mások csak közvetve: azok közvetlen, ezek közvetett jogszabályok.

1. Szövegezett és szövegezetlen jogszabályok. Vannak jogparancsok, a melyek, hogy léteznek, azt jól tudjuk, de szó szerinti szövegüket senki sem tudja. Ezek szövegezetlen jogszabályok. A 10 parancsolat és a XII táblás törvény szövegezett jogszabályok, azok volnának, ha le se volnának írva. Lehet tehát a jogszabály szövegezett, ha le sincs írva. A szövegezetlen jogszabály fogalma e szerint nem esik össze a *ius non scriptum*-mal: a szokásjoggal. (A szokásjog is lehet szövegezett, akár élő szóval, akár írásban, pl. Verböczy.)

Szövegezett jogszabályok: a) **közvetlenül kifejezett jogszabályok.** Ennek a legtermészetesebb formája a parancs; ilyen a XII. táblás törvény (urito, ito, stb.), a 10 parancsolat. De a mai törvények nagyobb világosság kedvéért nem így beszélnek, sőt a modern nyelv nem is az imperativussal, hanem az indicativussal parancsol, pl. nem köthetnek házasságot stb., vagy: a gyámhatóság nem határoz stb., vagy: ha a szerződés teljesítetik, a bánatpénz visszaadatik. (De mindjárt utána áll: visszaadandó a bánatpénz, ha stb.).

b) **Közvetetten kifejezett jogszabályok.** Ide tartoznak:

c) *a hallgatólagosan parancsoló tételek.* Például a büntető törvény sehol sem mondja: ne lopj, hanem csak azt mondja, a lopás így és így büntetendő. De azért ebben benne van a parancs is, közvetetten, hallgatólag.

d) *jogosító tételek:* A keresk. törv. 272. §-a feljogosít a *lucrum cessans* követelésére is. Ebben közvetve ki van fejezve a parancs is: ha kártérítéssel tartozol, fizess meg az elmaradt hasznót is. A jogosító tétel csak a másik személy szempontjából fejezi ki a parancsot, nem annak a személynek a szempontjából, a kihez a parancs intézve van. Így, ha a tulajdonjog abban áll, hogy kizárólag én használhatok egy dolgot, az a másik oldalon parancskép úgy hangzik, hogy senki más e dolgot ne használja.

e) *utaló tételek:* pl. ebben és ebben az esetben a 215. § alkalmazandó. Ez a tétel közvetlenül a 215. § alkalmazását, és így közvetve az abban foglalt parancsot parancsolja. Az utaló tételek alá tartoznak a *képzelt* (*fictiós*) tételek, és pl. a keresk. törv. 468. §-a: „A bevezetés megtörténtnek tekintetik, ha a biztosító a biztosítási ajánlatot annak vételétől számítandó 48 óra alatt vissza nem utasította.” Itt nincs direct utalás, hanem az állam egy tényállásra rendeli ugyanazt, a mit rendelt egy más tényállásra, mondván: a B. tényállást tekintsd úgy, mintha az A. tényállás történt volna. De az eredmény egy: a képzelti tétel körülül utal.

2. Önálló és önállótlan jogszabályok. A törvényben találunk néha egy mondatot, mely magában véve parancsot nem foglal magában, de egy másik tétellel együtt értelmezve már kifejezi a parancsot. Az ilyen *önállótlan* tételnek nevezhető, és fajtái:

a) *Tagadó tételek:* „xy esetben ezt nem parancsolom.” Ez csak egy parancsoló tétel kiegészítése lehet. Pl. 1894. XXXI.: az

eljegyzésből kereseti jog a házasság megkötésére nem származik. Vagy: a játékadósság nem kötelező. Ezeknél a főtételek: szerződésekből vállalt kötelezettségek teljesítendőek, kivéve stb. Az ilyen tagadó tételeket tehát a főtételek mellé kivételeknek lehetne írni, mert ezeknél a parancs *be nem áll*, vagy *már be nem áll*; pl. 3 év múlva az eljegyzésből kártérítés nem követelhető. E csoportba tartozik a *megengedő* tétel is, a mely tagadása a tiltó tételnek, kivétel a tilalom alól, holott a tagadó tétel kivétel a pozitív parancs alól.

b) *Fogalom-meghatározó tételek* (Rechtsentwickelnde Sätze): „ezen meg ezen szó alatt ez meg ez értendő.” Ez nem parancs, nem parancsolhatja meg nekem senki, hogy mit értek egy bizonyos szó alatt, mert parancsolni csak cselekvényeket lehet. Ez magyaráz, megmagyaráz más parancsoló tételt. És ezért ezt is ki lehet küszöbölni, ha t. i. beveszszük a főszabályba. Tényleg csak stilaris okokból különítjük el. Az ilyen fogalom-meghatározó tétel még akkor sem parancsol, ha parancs alakjában jelen is meg, pl. „a végrendeleti tanúknak együtt kell lenniök.” Ez még sem parancs. A parancs az, hogy a végrendelet rendelkezéseinek eleget kell tenni. Már most, hogy mit kell értenünk végrendelet alatt, egyebek közt a törvény azzal is magyarázza, hogy az a jogügylet, melynél a tanúk együtt vannak jelen; de együtt kell jelen lenniök, különben nincs végrendelet. Itt tehát a parancsoló forma nem jelent parancsot, ép úgy, mint viszont gyakran nem parancsoló, hanem jelentő, állító módban parancsolunk.

7. §. A jogszabályok nemei: B) egymáshoz való viszonyuk szerint.

Az állam, midőn a jogparancsokat kibocsátja, azt akarja, hogy azokat kövessék is. De minden parancs daczára lehetséges, hogy az emberek még sem követik. Ezzel szemben az állam védtelen, mert engem nem kényszeríthet, hogy én sohasem cselekedjek olyat, ami neki nem tetszik. Arra, hogy a parancsoknak a követését annyira a mennyire biztosítsa, az államnak rendelkezésére más nem áll, mint megint csak a maga parancsai, jogszabályai. Arra az esetre, hogyha valaki a jogparancsot nem követné, ismét jogparancsot bocsát ki. Azt mondja a jogszabály az adósnak: fizess. Hogy az adós ennek eleget tegyen, azt úgy biztosítja az állam, hogy parancsot bocsát ki a bíróhoz: marasztald el az adóst, illetve a végrehajtóhoz: hajtsd be az adósságot, — ha a bíró vagy végrehajtó nem engedelmeskednék e parancsoknak, ott van már a másik: te fölösleges hatóság, büntesd meg a bírót, végrehajtót; s így tovább. Ha az első parancstól kiindulva az egész lánczolaton végig megyünk, azt látjuk, hogy számos másodtétel fűződik az első jogtételhez. Azonban, mint minden láncznak, ennek is vége szakad, felmegy a legfelsőbb bírósághoz, felmegy a miniszterhez, mondjuk a parla-

menthez, sőt ha ez sem engedelmeskedik a jogi parancsnak, a királyhoz, a ki feloszlathatja a parlamentet, de ennél több jogi kényszer nincs, mert a király elleni forradalom már nem jogi kényszer. Így tehát az egész a levegőben lóg, de mégis elég biztos, mert pszichológiai okoknál fogva, ha 20—25 tétel közül egyik-másik nem is talál követésre, a többi, vagy legalább is egy mégis követésre talál és ez már elég. Tehát nagyjában a jogrend mégis biztosítva van.

A jogtételek közt tehát a következő viszonyt lehet constátálni: vannak jogtételek, melyeknek követése az állam célját képezik (adós fizess!) és vannak további tételek, melyek csak e cél elérésére vannak eszközül felállítva. Az előbbieket az első tételek, az utóbbiak a másod-tételek. Ezek azonban relativ fogalmak. Az adósra nézve az, hogy fizess, az első tétel, a bíró kötelessége rá nézve csak másodtétel. Már a bíró szempontjából az, hogy marasztald el az adóst, primár tétel, és rá nézve secundár tétel az, a mely a fegyelmi hatósághoz van intézve. A másodlagos tétel az elsőnek sanctiója.

Ebben az apparatusban, ezekben a parancsokban van a jogrend, az állam óriás hatalma. Némelyek azt mondják, hogy az állam kényszerít, sőt ezt a kényszerítő hatást be is viszik a jogdefiniójába. De az akasztófa, a börtön nem az állam kezében van, hanem az emberekében, a kiknek az állam parancsol. Az állam kényszerítő hatalma tehát csak tropus, és legfőlebb abban a valószínűségben áll, hogy az egyik adressatus (az adós, a bíró, a fegyelmi hatóság stb.) majd csak fog engedelmeskedni.

8. §. A jogszabályok nemei: C) kényszerítő erejük szerint.

I. A tényállás és joghatás egymáshoz való kapcsolódása szerint.

Az állam az ő jogparancsait kétféleképpen bocsátja ki. Vagy esetről-esetre parancsol, vagy, és ez a rendes, nem in concreto, nem categorice hozza meg a parancsot, hanem hypothetice és generaliter: ha ez meg ez a tényállás megvalósul, akkor legyen ez vagy amaz. Ez megfelel a formula schémájának: si parat . . . , condemna. Tehát nyelvtanilag a jogszabály összetett mondat, melyben csak a főmondat a parancs, a feltételes mellékmondat pedig az úgynevezett tényállás. Már most a parancsnak, az ú. n. joghatásnak a feltételhez, a tényálláshoz, való kapcsolódása lehet többé vagy kevésbé stringens. És e szerint a jogtételek hármaskulakulát mutatnak.

a) Absolut jogtétel. Ennek schémája: ha ez és ez a tényállás beáll, akkor parancsolom ezt vagy amaszt, tekintet nélkül a benne érdekelt felek akaratára. Pl. Ha valaki másnak testi behatás által kárt okoz, akkor ezt térítse meg. Ha ma lépten nyomon azt halljuk, hogy a socialismus tért hódít a magánjogban, ez a következőt je-

lenti. E század derekán az volt körülbelül a gazdasági elv (manchesteri iskola), hogy a felek szabadon szerződhetnek: contractus contrahentibus legem ponit. Ezzel szemben napról-napra kezd hódítani az az álláspont, hogy az állam ne adjon szabad kezét a feleknek, hanem abszolút parancsokat bocsásson ki, hogy így megvédje a gyöngéket az erősebbekkel szemben. Ilyen már sok helyütt a munkás szerződés, a biztosítási szerződés stb. Ezeket az abszolút jogtételeket másként cogens, praecipitiv jogtételeknek szokták hívni, sőt a források publicus tételeknek is nevezik: ius publicum est, quod privatorum pactis mutari non potest.

b) Dispositiv tételek (ezt az elnevezést rendszerint más fogalom kifejezésére szokták használni). A jog igen sokszor felhatalmazza a feleket, hogy bizonyos esetekre ők maguk mondják meg, mi legyen a joghatás. Ilyen az a szabály, a mely nekünk megengedi, hogy végrendeletet csináljunk. Ehhez a felhatalmazáshoz aztán hozzáteszi: és a mint ti mondani fogtok, azt én jogrend már előre is jóváhagyom. Tehát a fél rendelkezése nem a fél akaratából, hanem az állam, a jogrend akaratából nyeri kényszerítő voltát. A törvény in bianco aláírja az írást, a melyet én ki fogok tölteni. Az ilyen jogtételeket sokan (pl. Binding) blankett jogtételeknek nevezik. Ilyen az eset, valahányszor mi jogügyletről beszélünk. Ez is categoricus tétel, mely tartalmát ugyan tölünk, de parancs —, jog — minőségét az államtól kapja. Az, hogy annak, a mit mi megállapítunk, köztünk jogi ereje lesz, az a törvényben néha ki van mondva, de többnyire csak burkolt alakban. Így találjuk a keresk. törvényben: ellenkező kikötés nélkül ez és ez áll, kétség esetében ez és ez stb.

De nemcsak a felekhez fordul a törvénynek ilyen felhatalmazása, hanem sokszor a bíróhoz is, pl. az adiudicatio esetén, vagy az egyéb bonae fidei iudiciumokban. A bíró fel van jogosítva arra, hogy a jogszabályt a saját legjobb belátása szerint hozza meg. És így a bíró csinál in concreto jogtételt, még pedig nemcsak akkor, ha erre fel van hatalmazva, hanem akkor is, ha akár tudatlanságból, akár rosszakaratból törvényellenes ítéletet hoz, és az jogerőre emelkedik. Ez az ítélet ép úgy parancs lesz, melyet meg kell tartani, mint a törvény, tehát meglevő jog, alapján hozott helyes ítélet.

c) Subsidiär vagyis pótló jogtételek. Ha a felek a nekik adott felhatalmazással nem élnek, és maguk meg nem állapítják a fentebb dispositiv jognak nevezett tételt, akkor az állam azt mondja: álljon be ez és ez a parancs. (A legtöbben ezt nevezik dispositiv szabálynak vagy ius permittensnek. Így a mi institutio könyveink is.)

A háromféle jogtételnek legjobb példája az öröklés három alapja. A szükségörökség vagy köteles részi örökség . . . abszolút jogtétel; a végrendeleti öröklés . . . dispositiv; a törvényes vagy végrendelet nélküli öröklés . . . subsidiär tétel.

2. A sanctio szempontjából.

A büntető jog bizonyos cselekményeket tilt, mert ki akar kerülni bizonyos ártalmas eredményt. Nem akarja, hogy pl. az ember akár szándékosan, akár gondatlanságból öljön, ezért tiltja a vágást, az ölést stb. De vannak cselekmények, melyek tiltva vannak tekintet nélkül az eredményre, pl. az utcán való lövöldözés. (Végső elemzésben ugyan ezt is csak azért tiltja, hogy kikerülje a káros eredményt.) A jogrend tiltja tehát vagy az eredmény létrehozását, vagy tilt cselekményeket tekintet nélkül az eredményre. Ez aztán ismétlődik az egész jog, így a magánjog területén is. Itt is vannak eredmények, miket az állam ki akar kerülni, de kikerülhet a nélkül, hogy a hozzájuk vezető cselekményeket megtiltana. Pl. az ügyleteknél. A joghatás tartalmát a felek állapítják ugyan meg, de ez a hatás csak azért és annyiban fog beállni, a mennyiben és mert az állam úgy akarja. Ha az állam azt mondja, hogy én az ügyletnek nem adom meg a hatást, akkor hiába van az ügylet. Az állam itt beéri tagadó, tehát önállóan tétellel. Ilyen pl. az a tétel, hogy bármely teljesítés kikötése azon esetre, ha a házasságot meg nem kötnék, semmis. (Ez a § különben helytelenül van szövegezve, mert csak a felek, a jegyesek közt akarja ezt a kikötést tiltani, mások közt nem). Más példa a *senatusconsultum Velleianum*. A törvény nem tiltja a nőnek, hogy kezességet vállaljon, vállaljon, ha tetszik, csak hogy a jog ezt nem tekinti kezességnek. A jogügylet az egyedüli eset, a hol a törvény beérheti a tagadó tétellel, minden más esetben magát a cselekményt kell megtiltania. Ezeket a cselekményeket ő megtilthatja különböző módon, kényszerítőbben, vagy kevésbé kényszerítően, a szerint, a mint sanctiót fűz hozzá, vagy nem, és ha igen, hány másodtételt fűz hozzá. E szerint vannak:

a) *Leges imperfectae, sanctio nélküli tételek*, első parancsok, melyekhez másodparancsok nem tartoznak. Vannak, a kik ezekről a jog minőségét megtagadják. Helytelenül, mert még a sanctióval ellátott tételeknél is a lánczolat végén álló parancs, mint fentebb láttuk, *lex imperfecta*. A *lex imperfecta* is jogtétel, mert pusztá existenciája a parancsnak már azzal a hatással jár, hogy követik. Persze az ily tétel mégis gyengébb. Ritkán fordul elő, és ma technikai törvényhozási hibának nézik.

b) *Sanctiós jogtételek*. Ez a sanctió lehet különféle. — A könyvekben a *lex imperfecta* ellentétének a *lex perfecta*-t állítják, csak hogy ez nem talál. Téves már a rendes meghatározás is, hogy a *lex perfecta* olyan tiltó törvény, melynek ellenére tett cselekménynek hatását a jog megtagadja. Ez túltág definitio. Mert a *lex perfecta* csak ügyleti cselekményeket tiltó jogtétel lehet, a mely ügyleti cselekményektől a jogrend megvonja sanctióképen a hatást (így Kajuch is a 16. oldalon); pl. semmis az olyan házasság, a melyet cselekvőképtelen ember köt; de nemcsak semmis, hanem tilos is.

Ez igazi *lex perfecta*, nem pl. a fent említett: semmis a jegyesek közt kikötött kötbér, mert ez semmis ugyan, (nem lesz hatása), de nem tilos (t. i. a cselekmény). Már a *lex imperfecta* nemcsak az ügyleti cselekményeknél fordulhat elő.

A *lex perfecta*-nál a jog tovább mehet. Nemcsak megtagadja a hatást a tiltott ügyleti cselekménytől, hanem a cselekmény végbevivőjét még bizonyos kellemetlen következményekkel, büntetéssel, sújtja is. Az ilyen hatással járó törvények a *leges plus quam perfectae*. Ilyenek a mi házassági törvényünknek a tilos házasságról szóló összes §-ai.

Megfordítva, vannak esetek, a mikor a jogrend a tilos ügyleti cselekmény elkövetőjét joghátránnyal sújtja ugyan, mert a cselekmény hatását ki akarja kerülni, de ha már a cselekmény megtörtént, nem szívesen bár, de megadja a joghatást. A törvény nem akarja, hogy az özvegy nő 6 hónap előtt férje halála után házasságot kössön. Ha mégis megkötné, a házasság kötés fontos actus lévén, érvényes marad, de a jog az actus elvégzőit megbünteti. Ezek a *leges minus quam perfectae*.

A hatás megvonása az államnak csak az ügyleti cselekményeknél áll rendelkezésére, mert a mint ő adja, úgy ő meg is tagadhatja a jogi hatást. (És megtagadja vagy rögtön, vagy nem rögtön, hanem csak az esetre, ha bizonyos erre jogosult személyek kívánják, pl. a megdönthető házasság.) De a mikor az emberek nem jogi, hanem physikai hatást akarnak előidézni, pl. egyik a másikat megöli, akkor az állam a cselekményt ugyan megtilthatja, de a hatást, az eredményt lehetetlenné, meg nem történtté nem teheti. Itt tehát *lex perfectáról*, plus és minusquam perfectáról szó sem lehet. Ilyenkor csak *lex imperfectáról*, azaz *sanctio nélküli* vagy *sanctió*s jogtételről lehet szó. (Vécsey szerint [150. old.] *lex minus quam perfecta* és *imperfectáról* csak a magánjogban lehet szó, a büntetőjogban nem).

A *sanctio* tudvalevőleg az első tételhez fűződő másodtétel. Ennek a másodtételnek a célja lehet kétféle: a jog vagy *büntetést* czéloz, vagy *kiegyenlítést*. Az elsőnél az állam a parancs megszegőjének rosszat, kellemetlent akar okozni csak azért, mert az neki kellemetlen, és azon célból, hogy rosszat szenvedjen. (Hugo Grotius: *Malum passionis affligitur malo actionis*.) A második esetben az állam csak azt akarja, hogy a parancs megszegése által hátrányt szenvedő hátrányának megszüntetésére tétessék meg minden. Hogy ez a hátrány megszüntetése a másik oldalon gyakran kellemetlenül hat, az itt mellékes, nem ez a célja az államnak a másodtételben, a *sanctió*ban. Ez a kiegyenlítés jelesül kétféleképpen történhetik. Lehet, hogy a másodtétel ugyanazt parancsolja, mint az első, csak erősebben, és lehet, hogy az állam az első a megszegett parancs helyébe vagy mellé más valamit, *surrogatum* teljesítést rendel. Pl. Első tétel: adós fizess; második

tétel: ha nem fizet, akkor bíró marasztald el az adósság megfizetésében. De lehet a másodtétel ilyen: te bíró, marasztald el az adósság (teljesítési parancs) és időközi kamatainak (kártérítési parancs) megfizetésében. A kiegyenlítés itt tehát teljesítési és kártérítési parancs által történik. De vannak esetek, a mikor csak kártérítési parancs van, a mikor t. i. az in natura teljesítés már nem lehetséges.

9. §. A jogszabályok nemei: D) a bennük foglalt szabályozás különféle egyedítése szerint.

A jog kétféleképpen szokott parancsolni: vagy concrete, (hogy azt mondja: A tegye meg ezt vagy azt), vagy abstracte, generaliter, hypothetice. Az utóbbi a rendes (Celsus: Leges non in singulares causas sed generaliter constituuntur). Individualis vagy concret jogszabály (ius speciale), pl. hogyha a törvényhozás azt mondja, hogy ez a budget elfogadtatik. Ilyen individualis jogtétel minden dispozitív jogtétel is, továbbá minden bírói ítélet is. Ez az individualis jogszabály néha egyenesen kivétel valamely abstract jogszabály alól. Ilyenkor úgy hívjuk, hogy privilegium, lex in privos data, constitutio personalis.

Fontosabb a generalis vagy abstracte szóló jogszabály. Itt beszélünk ius commune-ről és ius singulare-ről. Az első az összes hasonfajtájú esetekre vonatkozik, a mint Cicero mondja: legis haec virtus est: scitum et iussum in omnes. Ellenben vannak jogszabályok, a melyek nem mindenkire, hanem csak szűkebb körökre vonatkoznak. Ez a ius singulare. Ennek kihatása szélesebb, mint az individualisan szóló szabályoké, mert azok csak egy concret emberre, ügyre, dologra vonatkoznak, de szűkebb, mint a ius commune-é, mert ez meg mindenkire és minden ügyre vonatkozik. Ilyen ius singulare a kereskedelmi törvény, ez pl. minden adásvételtől szól, nem is egy adásvételtől, hanem a kereskedelmi adásvételtől. Ilyen a kiskorúak joga, a nők, a katonák joga stb.

[Megjegyzés: Az összes kézikönyvek itt Schwarzsal ellentétes terminusokat használnak. A mit ő ius singulare-nek nevez, az mindenütt mint ius speciale (Zsögöd szerint: szakjog) szerepel. Ellenben ius singulare alatt az általános jogelvekkel ellentétes egyes szabályt értenek, idézve Paulus: ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est. És felállítják kellékül, hogy a singularis jog analog kiterjesztést nem tűr meg. Mint ellentétes jogot, sokan a ius singularet ius extraordinariumnak nevezik. (Ez a terminus az institutiókban történeti fogalmat is jelöl, t. i. a császári jogot, mert a császár idejében a peres eljárás extraordinaria cognitio volt. Vécsey 146.) Mi a továbbiakban a Schwarz terminusait használjuk.]

Schwarz szerint a singularis jog is rendes jog és nem áll az, hogy analogikus jogmagyarázatnak nem volna helye. Csak kiterjesztetni nem szabad analogice. De kiterjesztetni jogot egyáltalában nem

szabad. Az igazi értelmén túl bővíteni nem szabad sem a *ius communet*, sem a *ius singulare*t.

A *ius singulare*t (a kézikönyvek szerinti *ius speciale*-t) sokan ugyancsak *privilegium*nak nevezik. A *privilegium* szó tehát kétféle értelemben használatos: szűkebb, mint kivételes *ius speciale* (Schwarz-féle értelemben), és tágabb értelemben, mint *ius singulare* (a kézikönyvek szerinti *ius speciale*.) Mindkét értelemben a *privilegium* vagy személyekre, vagy dolgokra, vagy esetekre vonatkozik. Így vannak *privilegia personae*, *rei* és *causae*. Pl. *privilegium personae* tágabb értelemben a katonák joga, szűkebb értelemben „A” számára valami engedély vagy hátrány. *Privilegium rei* tágabb értelemben: a nemesi birtokok joga, szűkebb értelemben: egy bizonyos telek adómentessége vagy különös megterhelése. *Privilegium causae* tágabban: a játékadósságok be nem perelhetősége, szűkebben: bizonyos állampapír számára engedett, a törvényes kamatlábnál magasabb kursus.

Beszélnek még *privilegia onerosa* és *gratuita* (ingyenes és ellenszolgáltatással járó *privilegium*ról), *conventionale* és *non conventionale*ről; ez azonban nem a jogi alapra, hanem adományozásuk minőségére vonatkozik.

Eredményünk tehát, hogy:

ius speciale — egy bizonyos individualis emberre, esetre vagy dologra vonatkozó jog,

ius singulare — az individuumok (emberek, dolgok vagy esetek) kisebb nagyobb körére vonatkozó jog;

ius commune — generalis jog, tekintet nélkül az individuumokra.

Ugyanezen fejezet alá tartozik a jognak egy más osztályozása is. A szerint, a mint a jogszabály az esetnek egyedi vonatkozásait a rendezésnél jobban vagy kevésbé veszi tekintetbe, beszélünk *ius strictum*-ról és *ius aequum*-ról. Azt szokás mondani, hogy az életben nem fordul elő két eset, mely teljesen egyenlő. Így eszmeileg egy jogszabály sem illik két esetre. Ennek következtében az eszmei jogrendezés az volna, hogy annyi jogszabály legyen, a hány jogeset. De ez technikai lehetetlenség. A *codex* §-ainak száma véges, az esetek száma végtelen. A jog sohasem szabhat ruhát az egyes esetre, hanem uniformist ad. (Ugyanezt a képet használja a római jog a *pactum vestitum* és *nudum* fogalmainál). Azonban az élet mégis követel némi *remediumot*, mert az *uniformis* gyakran mégis *drasticusan* hat. Az általános szabály és az individualis szükség között egy *compromissum* nővi ki magát, és ez a *compromissum*: a *ius aequum*. A jog azt mondja: én *ius commune*-nak ezt és ezt a szabályt fixirozom, azonban ha ezen körön belül bizonyos esetek adják elő magukat, a melyeket én előre nem láttam, akkor a bíróra bízom, hogy ő a jelen esetnek megfelelően ítéljen. *Ius dispositivumot* bocsát ki: *tantum*

condemna, quidquid facere dare oportet ex bona fide. Ez istmét azzal a hátránnyal jár, hogy esetleg a bíró nem akar vagy nem tud az esetnek megfelelően eljárni. Ezért a mult század végén Bentham kiadta a jelszót, hogy minél kevesebbet kell a bíróra bízni, mert a bíró helytelen intézkedéseiből kiérezhető először is a személyes él: *engem sújt*, és másodszor: *csak engem sújt*, holott a helytelen törvény sokakat sújt, nemcsak engem. De csakhamar belátták, hogy bár a törvény mindenkiel szemben vak, de mégis csak vak, holott a bíró, ha néha félre is üt, mégis lát. És ezért 1—2 évtized mulva ismét előtérbe lépett a bírói arbitrium.

Ius strictum tehát az a jogrendezés, mely typice, abstracte és megváltozhatatlanul rendezi az ügyeket, ellenben ius aequum az, a mely nem rendezi előre, hanem a bírói szabad belátásra bízza. Így áll antithesisben a két csoport. De az életben vannak fokozatok: a ius strictumnál sincs kizárva a bírói arbitrium, és a ius aequum sincs minden előleges rendezés nélkül.

*) Vécsey szerint (149. oldalon): „a méltányosság az az indító ok, a melyből a jogtételeket szelidíteni igyekeztek, a jogtételek összehasonlításánál a mérték, a bírói eldöntésnél az ítéletnek a jog melletti segédforrása.“ Szerinte nemcsak a jogalkalmazásnál, hanem a törvény alkotásnál is érvényesülhet. Ez utóbbinál eszközöli: a praetor és a jogtűdős (hát a császár?).

Kajuch szerint (10. oldalon): a törvényalkotásnál szerepel, a mikor a nemzet joga túlszigorúságának tudatára ébred. Ekkor a törvényhozó hivatása a nép legújabb jogi meggyőződését, az alakulóban levő jogot, szóval a méltányosságot, a magáévá tenni, és így jön majd létre a ius aequum, a méltányos jog.

10. §. A jogszabályok nemei: E) keletkezési forrásuk szerint.

Jogforrás alatt kétfélet értünk. Értjük alatta először is azt a tényezőt, a mely jogot alkot; ily értelemben jogforrás a törvényhozó vagy a nép, vagy a bíróság. Másodszor értjük alatta azokat a közegeket, a melyekből a jogot megismerjük; ily értelemben jogforrások a feljegyzések, codexek, tankönyvek. Vannak tehát jogteremtő és jogismertető források. Mi a jogteremtőkről beszélünk e helyütt. E tekintetben 3-féle jogtételt különböztetünk meg: a törvényes jogot, a szokásjogot és a bírói gyakorlat jogát. A historikus iskola úgy a törvény, mint a szokásjogot egy további gyökérre kívánta visszavezetni, azt mondván, hogy a törvényjog és szokásjog ereje a népnek jogi meggyőződésében, mások szerint a nép akaratában rejlik. Ez vagy csak phrasis, vagy ha nem az, akkor nagyon veszedelmes. Mert nem ellenőrizhető, vajjon a nép vagy csak annak többsége is, ezt vagy azt tényleg akarja-e. Ily módon nem, hanem csak formai kritériumok alapján lehet megmondani, mi valamely népnél a jog, a törvény. Ezeket a kritériumokat pedig nem a magán, hanem a közjog állapítja meg. Ez állapítja meg, hogy mi a törvény. Már a szokásjog meghatározása nehezebb.

Puchta szerint a jogot nem a törvény, a szokás alkotja, ez

csak nyilvánulási formája, megtestesülése a nép meggyőződésében már meglevő jognak. Ez egy igaz gondolatnak túlhajtása. Igaz annyi, hogy a szokásjog létrejöttéhez szükséges az, hogy azt higyük, hogy a mit mi most teszünk, az jog. De azért nem okvetlenül kell a meggyőződésnek is szerepelnie. Ellenkezőleg a szokások elterjedésénél az emberek lustasága, az imitatio, az utánzás nagyobb szerepet visz. B. látja, hogy A. tesz valamit, hát teszi ő is: hol itt a meggyőződés? Puchta szerint (így Vécsey is 151. old. és Kajuch 14. old.) a gyakorlatban csak nyilvánul a szokás, Schwarz szerint a gyakorlat által lesz. Ennek a gyakorlatnak *egyformának, hosszúnak és közösnek* kell lennie. Ezenkívül némelyek (Kajuch 15. old.) megkivánják az *opinio necessitatis*: higyük az emberek, hogy a mit tesznek, az jog (Kajuch szerint higyük, hogy szükséges; ugyanezt a törvénytől *opinio iuris*-nak nevezik), és tényleg joggá lesz, ép úgy, mint az elbirtoklásnál kell a bona fides, az a hit, hogy tulajdonos vagyok.

A szokásjogot *ius non scriptum*-nak, vele szemben minden más forrású jogot *ius scriptum*-nak nevezik. Nem mintha ez sohasem volna leírva. *Non scriptum* marad az, ha le is van írva, és a törvény *ius scriptum*, még ha le sincs írva. Itt a *maiori fit denominatio*: ez rendesen le szokott írva lenni, holott az nem. Szokásjog mindenütt létezik, a hol emberek hosszú ideig laknak. Mert emberlélektani tünemény, hogy könnyebb utánozni, mint teremteni, és nemcsak másokat, hanem magunkat is utánozzuk. Nietzsche szerint az ember barom a csordában, mely a kolompost követi. Jogszokás volt, mielőtt írott törvény lett volna, és lesz, míg ember lesz, mert leírva és megállapítva sohasem lehet minden. És ha másban nem, fenmarad a szokásjog a joginterpretációban. (*Optima legum est interpretatio consuetudo*). Ezen kívül van még a szokásjognak törvénytől és törvényrontó ereje. Ez utóbbit sokan tagadják, a mint egyáltalában a múlt század végén a szokásjog gyűlölt volt a jogtudósok előtti (ész-jogászok). A felvilágosodott császárok (Nagy Frigyes stb.) kezükbe akarván keríteni a hatalmat, a szokásjognak csak annyiban adtak létjogosultságot, a mennyiben a császár ezt megengedi. Azért érvényes a szokásjogi szabály, mert a császár akarja, nem mert szokásjog. Ez a porosz Landrecht, az osztrák polgári törvénykönyv és a *corpus iuris civilis* álláspontja. Az ellenkező álláspontot foglalja el a történeti iskola, melynek alapítója Hugo, güttingai tanár, legnevezetesebb hívei Savigny és Puchta. Savigny: Ueber den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung című művében azt állítja, hogy korunk nem alkalmas *codificatoria*. Ezért a szokásjog ápolandó mert a népszellem és nem egyes ember bölcsességének nyilvánulása. Pedig a népszellem, mely állítólag mindenütt van, és sehol sincs, nem organismus, hanem romantikus frázis. Szerették a jogot a népdalhoz hasonlítani. De hát a népdal sem lett önmagából, azt is valaki csinálta. És a mint egyes ember dalából lesz népdal, úgy lesz az egyes ember alkotta jogból szokásjog.

És ennek semmivel sincs több értéke, mint az öntudatosan készített jognak, a törvényjognak. (Lásd Kajuch 14–16; Vécsey 150–152. old.)

A szokásjagtól meg kell különböztetni a jogszokást, (az usance-t). Erről azt szokták mondani, hogy ez magától értetődik, ez a jogügylet hallgatólagos kikötése. Ha nálunk buzát vesz az egyik a másiktól, akkor az usance az, ha semmit sem beszéltek a zsákokról, hogy akkor az eladó saját zsákjaiban szállít, és a másik azokat bizonyos idő múltán visszaadja. Ez nem szokásjogi tétel, ennek nem kell így lennie, ezt nem az állam parancsolja, ez usus, melyet az emberek követnek. A szerződéskötésnél ugyanis az emberek nem fejeznek ki mindent expressis verbis, hanem in dubio mindazt akarják, a mit mások akarni szoktak. Ez a jogszokás. A szokásjog tehát jog, a jogszokás pedig egy bizonyos eljárás, mely az értelmezésnél in dubio alkalmazást nyer. De ha arról a jogszokásról a felek nem tudnak, nem alkalmazandó. Nem úgy a szokásjog: ezt mindig kell alkalmazni (*iura novit curia*).

A jognak harmadik keletkeztető forrása a bírói gyakorlat. Némelyek a szokásjog fejezete alatt, mások külön tárgyalják. A historikus iskola, különösen Puchta, azt tanította, hogy a népmeggyőződés, a mely általában a jogot teremti, fejlettebb időben a bírói karba vonul vissza. Ez is romantikus phrazis. A tény a következő: A törvény meghagyja a bírónak, hogy adott esetben mi legyen az általa kifejezendő jogszabály. De a törvény véges, az élet végtelen. A bírónak kell aztán értelmezés útján kifejeteni olyan dolgokat, a melyek szavakban a törvényekben nincsenek. Ez az értelmezés néha helyes, néha helytelen lesz. De ez utóbbi esetben is, ha csak megfelel a körülményeknek és a bíróságnál állandóan követetik, ép oly benyomást fog kelteni a publicumban, mint a szokásjogi tétel. Minden bírói ítélet csak a jelen esetre mond ki jogtételt, individualis, concret jogtételt. De az által, hogy a bíróságok közösen, egyformán és hosszú időn keresztül concret jogtételként mondják ki, megteremtik az abstract jogtételt. Hogy ez sui generis jogtétel-e, vagy hogy szokásjogi tétel-e, annak eldöntése vitás. Bülow azt tartja, hogy voltaképen jogot csak a bíró teremt. Mert a mi törvényben van, az csak a bírónak szól, a törvény a bíróval szemben csak óhaj-tást fejez ki, hogy így és így szolgáltasson jogot. De jog csak az, a mit a bíró teremt. Ez túlzás a történeti iskola is, hogy a bírói jog csak annyiban jog, a mennyiben a bíró a publicum meggyőződését hirdeti. Tény az, hogy tudjuk, érezzük, hogy a bíróságnál gyakorlatban levő tétel is uralkodik, élünk szerinté ép úgy, mint a szokásjogi tétel szerint, a melyet szintén azért követünk, mert gyakorlatban van. Psychologice tehát a bírói gyakorlat neve a szokásjognak.

*) Történeti szempontból a jogforrásoknak több fajtáját különböztetjük meg. Erről az institutiók történetében (4. §.) volt szó. Itt dogmatikai szempontból tárgyaljuk az anyagot.

11. §. A jogszabályok nemei: F) területi hatályuk szerint.

Vannak jogtételek, melyek kiterjednek minden bizonyos területen előforduló esetre, vannak ellenben más tételek, a melyek nem minden az illető területen elbírálás alá kerülő esetre terjednek ki, hanem valamely idegen területen érvényben levő tételre utalnak, tehát utaló tétellel pótoltnak. Ha egy belföldi ember külföldön meghal, akkor az ingatlan hagyaték a belföldi jog szerint, az ingókra vonatkozó jog pedig esetleg azon ország joga szerint bíraltatik meg, melyben meghalt.

Vannak jogtételek, melyek az egész ország területére kiterjednek, mások e területnek csak egy részére. Ez a különbség az *ius universale* és *particulare* között. A maga területén a *ius particulare* előbbre való, és az *universale* csak *subsidiarius* jog, azaz akkor alkalmaztatik, ha a *ius particulare* nem intézkedik.

12. §. A jogszabályok nemei: G) időbeli hatály tekintetében.

A ma érvénybe lépő jogszabály olyan lehet, hogy, ha ebbe a materiába illő eset ezelőtt előadta magát, arra is a mai jogszabályt kell alkalmazni, míg más tételeknek ilyen visszaható erejük nincs. Ezen két véglet közt vannak átmeneti formák: többé vagy kevésbé visszaható törvények.

Egy jogszabály addig tart, míg hasonló erejű és tartalmú újabb jogszabály nem keletkezik: *lex posterior derogat priori*, vagy a míg be nem áll az a körülmény, melyhez a jogszabály megszűnése kötve volt.

13. §. A jogszabályok egyéb nemei.

A jogszabályoknak még számos osztályozása képzelhető a különböző szempontokból. Lehetne pl. osztályozni gyakorlati céljuk szerint: a testi, a vagyoni biztonságot, vagy az erkölcsi integritást (jólétet) óvó jogszabályok. Lehetne felosztani a személyek szerint, a kire vonatkozik: a gyermekek joga, a gondnokoltak joga, a színészek joga stb.

(Lásd itt Vécsey 153. oldal V. pontjától a 154. oldal II. pontjáig.)

A történeti szempontból vett osztályozásokat már a történeti részben tárgyaltuk. Itt csak még egy római jogi nevezetesebb felosztásra térünk vissza. *Ulpianus* felosztotta a jogot: *ius civile*, *ius gentium* és *ius naturalera*. *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*, és például felhossa a him és nő egyesülését stb. Ez helytelen. A him és nő egyesülése, a gyermeknemzés törvény ugyan, de nem jogi, hanem természeti törvény. A különbség ugyanis az, hogy a jogi törvény az állam nyilvánította parancs, óhaj, hogy valami így legyen, ellenben a természeti törvény, az constatal, hogy úgy van. *Ulpianus*on kívül ezt a beosztást nem is-

mérték, hanem csak *ius civile* és *ius gentium*ot ismertek. A nem törvényhozásilag létrejött, hanem a *naturalis ration* alapuló jogot nevezték *ius gentium*nak. De a stoikus bölcsélet arra a tudatra ébresztette Ulpianust, hogy a *ius gentium* egy intézménye: a rab-szolgaság nem felel meg a természeti rendnek. Ezért Ulpianus a természeti rendet a *ius gentium*tól különválasztotta, és megalkotta a *ius naturale*. *Ius civile* volna egy nép, *ius gentium* az összes emberek, *ius naturale* az összes lények joga.

Ettől az *ius naturale*től meg kell különböztetni azt a természeti jogot, a mely jogbölcséleti alapon századokig uralkodott, a mely csak embereknek szól ugyan, de az emberek pozitív jogintézkedéseitől független, abszolút értékű minden népnél, minden időben. A pozitív, hozott joggal szemben egy képzelt jog, a mely a pozitív jogok ideálja, célja legyen. Ez a természeti vagy észjog két századig tényleg uralkodott a jogtudományban és a törvényhozásban, a múlt században érte el fénypontját, és még e század elején történt codificatióknál is pozitív jogforrásul szolgált. (Igy az osztrák polgári törvénykönyvnél.) Ez az észjog ép oly kevéssé létezik, mint az Ulpianus *ius naturale*ja. De bár mint uralkodó jogrend nem létezik, a fenkölt szellemek elméjében nem fog elpusztulni, mert nem egyéb, mint tőtelekbe szedett eszménye az egyes korok legműveltebbjeinek. Ilyen volt az az észjog is, a mely egy Kant, egy Rousseau, Voltaire szájából lánggra gyújtott egy századot, és így értelemben a francia forradalom és vívmányai az észjog diadala.

Ezt az észjogot tagadta az e században keletkezett iskola: a Savigny iskolája. Szerinte a jog úgy van, a mint fejlődik, organizmus, a mely magától nő, olyan, mint a nyelv, a mely szintén magától lesz. Ez a történeti iskola theóriája rányomta századunkra bélyegét (Az *evolutio tana* csak ujabbkori). A történeti iskola tanában annyi igaz, hogy a jog sohasem éri el az abszolút tökélyt, a a jognak relatív értéke van, mert együtt fejlődik a néppel. A történeti iskola azonban szintén rabja kora philosophiájának, Hegel-nek, a a ki szerint: Alles was ist, ist vernünftig. Ez *practice* a legnyomortabb philosophia, mert megölő betűje minden emberi törekvésnek. És tényleg Savigny azt a helytelen álláspontot foglalta el, hogy codificatiót nem lehet csinálni, azt magától hagyjuk nőni. (Ezt írta feleletül Thibeaunak Németország számára új codificatiót követelő iratára.)

14. §. A jogszabályok értelmezése.

Az értelmezés inkább művészet, mint tudomány. Ha tudjuk is az értelmezés összes szabályait, még nem bizonyos, hogy tudunk értelmezni: a gyakorlat és a talentum teszi az ügyes értelmezőt. Ez a főmestersége a jogásznak, mert értelmezni annyit tesz, mint

kiolvasni a törvényekből, a szerződésekből azt, ami bennök áll. Ezért hiábavalóság az értelmezés, a magyarázat megtiltása, a mint azt IV. Pius pápa a tridenti zsinat határozataira nézve rendelte, vagy a mint tette a porosz Landrecht, vagy a Code Napoleon szerzője.

Az értelmezéstől elvileg meg kell különböztetni azt, ami elnevezés szerint vele rokon; az *authentikus* (*legalis vagy usualis interpretatio*-t. A törvények néha homályosan, néha rosszul vannak fogalmazva. Ilyenkor sokszor a törvényhozó új törvényt hoz, a mely azt mondja, hogy ezen törvény ezen szakasza ezt és ezt jelenti. Ez azért nem igazi interpretatio. Mert ha a jogász interpretál, az nem csinál új jogot, az csak kideríti, ami a régi tételben benne van, az ő interpretációja azért érvényes, mert az, amit ő mond, tényleg benne van abban a tételben. Ellenben ha az úgynevezett *authetica interpretatio* fekete helyett fehéret mond, az érvényes lesz, mert a régi helyébe új jogszabályt léptet. A magyarázási, értelmezési formát csak azért használja, hogy az új szabályt visszaható erővel ruházza fel.

Az igazi értelmezés célja nem új jogszabályt teremteni, hanem a már fennállónak értelmét kideríteni. De itt felmerül a nehéz kérdés, vajjon azt kell-e értelmezni, azt kell-e keresni, hogy mi áll tényleg a jogszabályban, vagy azt-e, hogy mit akart a jogalkotó benne kifejezni. Mindkét nézet talál követőkre (Kajuch a jogalkotó akaratának, Vécsey a szöveg szavainak felderítését nevezi interpretációnak.) Az egyik nézet az interpretációnál átkutatja az anteaktákat és éppen ezért, tekintettel a jogalkotás mai szövevényes voltára, inkább a másik nézetnek van igaza. A törvényhozó akaratát már azért sem nézhetjük, mert ma annyi a törvényhozó (törvénytervezet készítője, miniszteri szaktanács, átdolgozó, igazságügyi bizottság, alsóház, felsőház stb.), hogy nem is tudhatjuk, melyiknek az akaratát nézzük. Így ma az értelmezésnek csak az a célja, hogy kisüsse, mi a használt szó obiectív értelme, mert ma a törvényhozó akaratáról szó sem lehet. Ha a törvény nem azt jelentené, ami ott írva van, akkor a közönség nem is volna abban a helyzetben, hogy megtudhassa, hogy mi a jog, pedig csak ekkor alkalmazhatjuk a törvényt. És végül a törvény gyakran sokkal okosabb a törvényhozónál.

Szoktak grammatikai és logikai értelmezésről, mint az értelmezés két fajáról beszélni. Ez helytelen, mert ez nem két faj, hanem két foka az értelmezésnek. Mert ha nézzük is, hogy az egyes szavak, az egyes mondatok magukban véve mit jelentenek (*grammatikai értelmezés*), az egész szabályt még sem értjük, mert minden következő szó, mondat értelmezi a többit. Néznem kell tehát az összefüggést is (*logikai értelmezés*), még ha maga a grammatikai interpretatio is adott értelmet. Pl. a „választ” szónak más az értelme a választási törvényben, más a kereskedelmi törvényben az alternatív obligatióra vonatkozólag. Ha a grammatikai értelmezés-

nél megállapodnánk, az in fraudem legis való cselekvés lehetetlen volna.

Az értelmezendő tételt nemcsak az azon törvényben foglalt más tételekhez viszonyítjuk, hanem más törvényben levő, de az ezen törvényben tárgyalt jogviszonyokkal kapcsolatban lévő tételekhez is. Ez a *systematikus értelmezés*. A systematikus értelmezésnek egy érdekes esete a római jogban a *duplex interpretatio*. Ha pl. a corpus iuris civilis egy helyét, teszem Labeonak a litis constestatióról szóló fragmentumát értelmezem, először tudnom kell, hogy mit jelentett Labeo idejében, majd, hogy mit a compilatoréban. Ennek az interpretációnak egy flagrans példája a princeps (his) legibus solutus est-féle tétel, melyet Ulpianus a lex Julia de vi publica-
t. 1. §-ban értelmez.

Ha valaminek a célját ismerem, jobban is fogom megérteni az arra a célra vezető eszközt. Mikor tudom, hogy mi a törvény célja, és ebből vezetem le egyik tételének értelmét, ilyenkor beszélünk *ratio legis*-ről. De nemcsak egy törvénynek, hanem valamely jogintézménynek, sőt az egész jognak is van generalis célja. Ha ezt tartom az értelmezésnél szem előtt, szólhatunk *ratio iuris*-ről.

Meg szoktak különböztetni *tágító (extensiv)* és *szűkítő (restrictiv)* értelmezést. Itt az elnevezés nem helyes, mert az értelmező se nem tágíthatja, se nem szűkítheti a tételt, ő csak a logikai értelmezés eredményét adja. Ez persze a grammatikai értelmezés eredményével szemben szűkebbnek, vagy tágabbnak mutatkozik. A tágítónak látszó értelmezésnek esete az *analogia*. Ennek helytelen definitiója: hasonló esetre való kiterjesztés; mert hasonlóság mindig van. Ennek lényege az, hogy a törvény célját megismervén, látom, hogy nemcsak a kifejezett utat (a meglevő tételt) akarta megtenni; nemcsak azt akarta tiltani vagy parancsolni, a mi a törvény betűjében van, hanem mást is. A jogtételtől felemelkedem tehát annak céljáig (az elvig), és ebből vonok consequentiát olyanra, a mi nincs regulázva.

*) Megjegyzés: A jogszabály értelmezését meg kell előznie a jogszabály kritikájának, vajjon tényleg jogszabály-e az (felsőbb kritika), és ha igen, az-e a jogszabály, a mi előttünk fekszik (szövegkritika, alsóbb kritika).

2. FEJEZET. A JOGHATÁSOK ÁLTALÁBAN.

15. §. Az alanyi jog fogalma.

Minden jogtétel két részből áll: feltételező és feltételezett részből. A feltételező rész magában foglalja a tényállást, a feltételezett pedig a joghatást. A joghatás, mint már láttuk, nem lehet más, mint parancs, a melyet az állam kibocsát. Már most ez a parancs szól mindig emberekhez: egy vagy több emberhez, és

mint minden parancs, a jogi parancs is csak azt parancsolhatja, hogy az emberek valamit tegyenek, vagy ne tegyenek. Ezt a parancsot a jog valamely célból bocsátja ki, és ez a cél mindig ember vagy emberek érdekének a kielégítése. Így kapunk, eltekintve az államtól, két felet. Egy felet, a kinek parancsol az állam, és egy másikat, szintén egy vagy több ember, a kinek vagy a kiknek érdekében az állam ezt a parancsot kibocsátja. Az adressatusnak, a kinek parancsol a jogszabály, részén bizonyos helyzet áll elő, melyet *kötelezettségnek* nevezünk. A másik fél is bizonyos helyzetbe kerül. De míg az előbbi helyzet kellemetlen, terhes, addig ennek oldalán előnyös helyzet áll elő. Pl. az állam azt parancsolja, hogy a gyermekeket be kell oltani. Az oltási kötelezettség azok részén van, kikhez az állam a parancsot intézte, míg a gyermek részén előnyös helyzet áll elő (feltéve, hogy az oltás hasznos). De ha az orvos, a szülő stb. nem tesznek eleget kötelezettségüknek, nem a gyermektől függ, hogy mégis eleget tegyenek, ő nem kényszerítheti őket. Jogilag: ő nem indíthatja meg a másod tételt. Ellenben, ha az állam azt parancsolja, hogy a ki nekem kárt tett, az nekem azt meg is térítse, itt már én tőlem függ, ha ő ennek a parancsnak eleget nem tesz, vajjon alkalmaztassék-e a másod tétel vagy se. Míg kötelezettség a parancs esetén az adressált részén mindig előáll, addig az én jogomról, jogosítványról csak akkor beszélünk, mikor az én érdekeemben kibocsátott parancs megszegése esetén az én kezembe adatik az, hogy a sanctiós parancs érvénybe lépjen-e, vagy se. Ez esetben szólnak *alanyi jogról*. Ez a jog szó alanyi értelemben. *Alanyi jog e szerint az a helyzet, a melyben én vagyok akkor, a mikor az állam az én érdekeemben máshoz valami jogparancsot bocsát ki, úgy azonban, hogy megszegése esetére tőlem teszi függővé a sanctiós tétel alkalmazásba vételét.* Az alanyi jog az igényre való kilátásban áll. Kötelezettség tehát nem mindig áll szemben jogosítvánnyal. A parancs (jog tárgyi értelemben) és kötelezettség tágabb kör, az alanyi jog, a jogosítvány szűkebb.

Az alanyi jog fogalmát az uralkodó nézet (a tankönyvek is) másképp adják. Szerintük alanyi jog: a cselekvési szabadság, facultas agendi. (Csakhogy a latin facultas agendi sem jelenti a cselekvési szabadságot. Agere annyit tesz, mint actiót indítani.) Ebben a két szóban, hogy cselekvési szabadság, két fogalom van, a mi homályos; a szabadság és a cselekvés fogalma. Grammaticae ez annyit jelent, hogy nekem meg van engedve, azaz nekem nincs megtiltva, cselekvényeket végbevinni. Ez előfordul azonban ott is, a hol nincs alanyi jog, és gyakran nem fordul elő ott, a hol igenis alanyi jogról van szó. Nincs megtiltva lepkét fogni, de azért ez még nem subiectiv jog. Másrészt vannak subiectiv jogok, a hol nem tudom, hogy mi nincs nekem megtiltva. Én adok 100 frtot kölcsön. Támad követelési jogom, tehát alanyi jog. Még pedig előáll ez a jog: nem azon a napon, a mikor az adósság esedékessé

válik, hanem már most. Csakhogy mit szabad cselekednem az esedékességig. Nyilván semmit, a mit ne lett volna szabad akkor is, ha nem adtam kölcsön. És vajjon az esedékesség idején mit szabad cselekednem? Elmehetnek követelni. De hát nem követelhetek-e akkor is, ha nem adtam kölcsön. És ha viszont ön idején fizet, akkor ez a cselekvési szabadságom, a követelhetés, nem is áll elő. Már pedig furcsa jog az, amely csak akkor áll elő, ha a jog (tárgyi értelemben) meg van sértve. Ez a cselekvési szabadság definitio tehát a kötelmi jogoknál cserben hagy. Még a dologi jogoknál némileg talál, mert ott tényleg szabad sok olyat cselekednem, a mit másnak nem szabad. De ezt a tényleges lehetőséget, hogy én használhatok valamit, azt nem a jog adja meg. Mert ha a jogrend meg is szűnik, akkor is esetleg kiíhatom a pohár boromat. A jogrend csak biztosítás a jövőre, bizonyos kilátás nyújtása a jövőre. Azt a reményt adja, hogy a többi ember a jövőben nem fog zavarni. Ezt pedig az által adja, hogy a többi embernek megtiltja, hogy engem zavarjanak. Hogy én a dolgot élvezhetem, az nem a jog tartalma, hanem célja. A jog az élvezet biztosítása a jövőre, nem az élvezeti lehetőség, és nem az a rész, a mely minket az élet javaiból illet. (Vécsey 1. old.). A jog nem a pinczét, hanem a kulcsot, nem a kertet, hanem a kerítést adja. Az élvezeti lehetőség a célja, nem a tartalma a jognak.

Az alanyi jog fogalmában tehát 3 elemet kell megkülönböztetnünk: az alanyi jog adva van az én érdekemben, tőlem függvén a második tétel megindítása, másodszor, az alanyi jog parancsai másokhoz vannak intézve, és harmadszor ezek a parancsok és tilalmak egy bizonyos élvezet céljából vannak adva.

Az, a kinek az érdekében az ilyen parancsok fennállnak, a *jogalany*, (*jogosított alany*), az, a kihez ezek a parancsok intézve vannak, a *kötelezett alany*, (a kettő egy néven is: jogalanyok), a jószág, az élvezeti obiectum a *jogtárgy*. (A kötelmi jog tárgyalásánál látni fogjuk, hogy a jog tárgya alatt más értelemben azt a tevést vagy nem tevést, azt a magatartást értjük, a melyet a jog parancsol. A parancs vagy tilalom pedig a jog *tartalma*.)

Az által, hogy a jog engem ennek a jogtárgynak az élvezetében véd, bizonyos vonatkozás származik köztem és a jogtárgy között. Ez az úgy nevezett *obiectív jogviszony*. De másrészt vonatkozás keletkezik köztem és a kötelezett alany vagy alanyok közt. Ez a *subiectív jogviszony*.

16. §. A jogalany.

Hogy az, a kihez a jogparancs szól, csak ember lehet, az természetes. A jog azonban parancsolhat egyszerre többnek is, és akkor ezt a többet egy elnevezés alatt foglalhatja egybe. De ez

Minimum cada una res constituitur.

mindig csak nyelvi összefoglalása lesz az egyes embereknek. Az nem tesz különbséget, hogy nem minden embert ismerünk el kötelezett alanynak, mert hiszen vannak emberek, a kiknek nem parancsolhatunk, pl. elmebetegeknek vagy kis gyermekeknek. De míg kötelezettségi alany csak ember lehet, addig, úgy látszik, a jogalany tekintetében másképp áll a dolog. Magában véve képzelhető, sőt a história igazolja is, hogy bizonyos jogok nemcsak embereket ismertek el jogalanynak. Pl. beszéltek Szent-Péter tulajdonáról; a keleten az Apis is jogalany. Becker, heidelbergi tanár, szerint az ő lova is jogalany. Azt, hogy mi kinek az érdekét tartjuk fontosnak, az tisztán célszerűségi kérdés, a melyre más-más időben az államok más-másképen feleltek. Vannak tehát bizonyos érdekek központjai, érdekeknek a viselői, hordozói, a kiket a jogrend véd. És ezeket mi jogalanynak nevezzük. Az, hogy valaki vagy valami az államilag védett körnek viselője lehet, az, hogy valaki alanyi jogok központja lehet, ezt a lehetőséget is terminus technikussal jelöljük meg: *jogalanyiség*. Már most azt, hogy jogalanyiségem van, vagy hogy jogalany vagyok, azta rómaiak úgy fejezték ki: *personam sustinere*, nekem *személyiségem* van. Én jogalany vagyok, én jogszemély vagyok, nekem jogalanyiségem van, nekem személyiségem van, az mind ugyanaz. Hogy én személy vagyok, azonban nem jelent annyit, hogy én ember vagyok. Ember az, a kit a természet támaszt, személy pedig a jog terén jogalanyiséget jelent. Minthogy pedig képzelhető, hogy bizonyos jogrend nemcsak egyes embert ismer el jogalanynak, hanem más substratumokat is, ebből foly, hogy a jog terén vannak vagy lehetnek személyek, a kik nem emberek.

* Meg kell itt különböztetnünk a jogképességet a cselekvési képességtől. Jogképesség az a képesség, hogy jogalany vagy kötelezett alany lehet valaki; míg cselekvési képesség, hogy saját cselekménye által lehet valaki jogalany vagy kötelezett alany, azaz hogy jogokat és kötelezettségeket szerezhet. Történeti szempontból a római jog több fokát ismerte a jogképességnek. Ezek a fokok adták a statust. Erről lásd Kajuch 69—84 oldal (a cselekvési képességig), majd 86—92 oldal (a jogi személyig). Ehhez pótlólag Vécsey 158 oldal: születés, 160 old.: a felszabadító jogai, 167 old.: a foglalkozás, 170 old.: a távollét.

17. §. A jogi személy.

Vannak esetek, a mikor tényleg fenállnak parancsok és tilalmak egy bizonyos érdek megvédése céljából, és ha keressük az embert, a kinek az érdekében ezek a parancsok vagy tilalmak fennállanak, akkor vagy azt kell mondanunk, hogy egyáltalában nem tudjuk, vagy azt, hogy még nem tudjuk, melyik embert illetik meg ezek a jogok. Meghal A. Kik a rokonai, nem tudjuk; hagyott-e végrendeletet vagy sem, nem tudjuk. Annyi bizonyos, hogy mindazoknak a jogoknak, a melyeknek A alanyuk volt leg-

nagyobb része jelenleg is fennáll, a megfelelő parancsok még fennállanak, mintha csak A élne. Hogy kiéi ezek a jogok, arra azt kell felelni, hogy még egyelőre nem tudjuk, de meg fogjuk tudni, hogy ki az. — Valaki ellenséges fogságba jutott. A római jog szerint, ha innen ismét visszakérül, akkor az egész idő alatt jogainak alanya ő volt (*ius postliminii*). Ha ellenben az ellenséges fogságban meghal, akkor a *fictio legis* Corneliaenél fogva a jogok alanya az egész idő alatt az örökös. Tehát a fogság ideje alatt ismét nem tudjuk, ki a jogalany, ő-e, vagy az örökösök. De itt szintén még meg fogjuk tudni. — Más eset: Egy Amerikába szökő *insolvens* ember hátrahagy egy íratot, melyben kijelenti, hogy összes jogait *derelinquál*. Ezek a jogok már nem övéi, az bizonyos, hisz ő jogosítva van jogaival felhagyni. Uratlanokká se lesznek ezek a jogok, ebbe a hitelezők nem egyeznének bele; hanem akár csődön kívül, akár csőd útján fel fogják maguk közt osztani. De addig hozzányúlni senkinek sem szabad. Hát ki itt a jogalany addig is. Ezt egyáltalában nem tudjuk, nem is fogjuk soha megtudni. — Vagy pl. valakinek nyoma vész. Míg holtánilylvanítva nincs (bár én tudom, hogy meghalt, tehát ő már nem a jogok alanya,) a jogok fennállnak, a jogtárgyakhoz hozzányúlni nem szabad, de jogalanyt nem tudunk megmutatni. Így vagyunk az alapítvánnyal is. Ki ennek az alapítványi vagyonnak az alanya? Azok, a kik kezelik? Nem. A szegények, a kiknek javára szolgál? Szintén nem, hisz különben ők rendelkezhetnének vele.

Ez a problema az irodalmat rendkívül foglalkoztatja. Az uralkodó tan abból indul ki, hogy valamint kötelezett alany, úgy jogalany is csak ember lehet, hiszen szerinte az alanyi jog cselekvési szabadság, cselekvési szabadsága pedig csak embernek lehet. S ennél fogva kénytelen az alanyi jognál mindig keresni azt az egy vagy több embert, a ki mint jogalany szerepelhet. Minthogy azonban nem találta meg, többé vagy kevésbbé mesterséges módon próbálta kisütni. Az egész tüneményt pedig fedezte a *jogi személy* szóval és e mögött kereste az embert.

Uralkodó a *fictio elmélete* (Savigny, Puchta és az egész történeti iskola.) Tekintsünk egy testületet, egy részvénytársaságot vagy községet, államot. Vannak jogok, a melyek fennállnak ezen testület javára. Hol van az az ember, a ki ezeknek a jogoknak az alanya. Az államot ugyan sok egyes ember alkotja, de azért nem ezek a jogok alanyai: *Quod universitati debetur, non singulis debetur*. Ilyenkor az elmélet *fictio* útján képzel magának egy valakit. És ez a valaki a jogi személy. Ez nem *physikai* személy, nem élő ember, hanem olyan képzelt valaki: jogi személy. Csakhogy, ha igaz, hogy alany nélkül jog nem létezhetik, és jogalany csak ember lehet, akkor az által, hogy egy nem létező alany helyébe képzelünk magunknak egy embert, ez által a jog nem fog könnyebben

létezhetni. A fictio nem pótolja a valóságot. Fictiv szögre nem lehet kalapot akasztani.

A másik theoria a *Ihering-é*: a valódi és színleges személy elmélete. A mit jogi személynek nevezünk, az csak név, csak rövid kifejezési forma. Ott, a hol jogi személyekről beszélünk, valóságban emberek állnak. Az alapítvány, a testület jogainak alanyai valóságban azok az emberek, a kiknek céljaira a jogok tennállanak. A helyett, hogy azt mondjuk: a jelenlegi részvényesek, azt mondjuk, részvénytársaság. Csakhogy az nem mindenkor talál a valósággal. Ha valaki milliós alapítványt hagy a kórház javára, akkor nem lehet mondani, hogy akár a mostani, akár a leendő betegek ennek a jognak az alanyai. Azt nem vehetjük a vagyoni leltárunkba, hogy ez hozzátartozik az ő vagyonukhoz. A macska látja a vén kisasszony vagyónának hasznát, azért még sem ő a jogok alanya. A Ihering theoriája összetévesztése a jogalanynak a cél-alanyával, a destinatariussal.

A *Gierke-Beseler-féle Genossenschaftstheorie*. A testületeknél, vagyontömegeknél is vannak jogalanyok, csakhogy nem emberek, hanem az emberhez hasonló műteremtmények. Az ember organismus, de nemcsak az ember az, hanem vannak társadalmi, etikai műorganismusok is. Az államnak, az alapítványnak, a részvénytársaságnak is van akarata, ép úgy mint az embernek, cselekszik, határoz. Így van organisálva a maga statútumaival az alapítvány is. Ebből a jelenségből azt kell levonnunk, hogy a jognak alanya lehet úgy az egyes ember, mint a műorganismusok. Ez azonban merő romantika, hasonlatokkal játszó dialektika, a mely nem mond semmit. Az állam különben sem organismus, ez elavult, sőt számos helytelen levezetésnek alapjául szolgáló helytelen kép.

Ezekkel az elméletekkel szemben, a melyek a jogalanyt ki akarták sütni a jogi személy mögött, áll a *Brinz elmélete*. Ez ki-mondta a merész szót, hogy azokban az esetekben, a hol az előbbiek jogi személyről, színleges személyről és műorganismusról beszélnek, a valóságban jogalany nincs. Vannak szerinte esetek, mikor jogok fennállanak alanyokkal, mások alanyok nélkül. Ezek az utóbbiak mégis egy bizonyos célra állanak fenn. És a mi az ilyen jogokat, a vagyont összetartja, az épen a cél. És ezért kétféle jog és vagyon van: *személyi vagyon*, melynek van alanya, és *cél-vagyon*, melynek alanya nincs. Ez alapon az ő pandektái is két részre oszlanak. A Brinz elméletére igennel vagy nemmel nyilatkozni nem lehet, azért helytelen. Ha Brinznek igaza volna, hogy t. i. a hol jogi személy van, ott voltaképen egy cél által összetartott vagyon van, akkor ebből annak kellene folynia, hogy jogi személyről csak addig lehessen szó, míg a vagyon megvan. Pedig akárhányszor megesisik, hogy alakítanak jogi személyt, megcsinálják az alapszabályait, működik az egész apparatus, de semmi vagyonuk, joguk nincs. Lehet részvénytársaság, melynek sem akti-

vuma, sem passivuma nincs, de azért jogi személy marad. Nem szólva arról, hogy különösen az úgy nevezett közjogi személyeknél vannak jogok, a melyek nem vagyoni természetűek, ami Brinz elmélete szerint nem volna lehetséges.

Egyben igaza van Brinznek, és ez az, hogy nem minden jog mögött van ember, és akárhányszor látunk jogokat, a melyekre nézve valóságban létező jogalanyokat nem lehet felállítani, hogy tehát el kell ismerni alanytalan jogokat is. Ez pillanatnyilag lehetetlennek látszik, de belenyugodhatunk, hisz látunk dolgokat, melyek nem jogi személyekéi és még sincs alanyuk: res omnium-ok. ezek senkiéi, de mégse veheti el bárki. A jogalany nem létezése csak a cselekvési szabadság definitio mellett lehetetlen. De a mi definitiónk mellett az alanyi jog tartalma az emberekhez kibocsátott parancs vagy tilalom lévén, alanyi jog marad, még ha a védett érdek centrumában semminemű ember sem áll is. Tehát vannak jogok jogalany nélkül, ez az egyik alternativa. Ha tehát mégis beszélünk jogi személyről, ez csak jogi technikus okokból történik, tulajdonképen jogalany itt nincs.

A másik alternativa, hogy szakítunk azzal, hogy jogalanyokul csak embereket tekintünk, és beszélünk jogi alanyokról ellentétben a természeti alanyokkal. Hisz a jogalanyiség, jogképesség, személyiség (ez mind ugyanazt jelenti) még a természeti személyeknél is a jogrend adománya. Rómában a rabszolgának, bár természeti személy volt, jogképessége nem volt, jogi alany nem volt. Tehát nem minden természeti alany egyszersmind jogi alany, személy is, és van jogi alany, a mely nem természeti alany. Ha a jogrend adja a jogalanyiságot még a természeti személynek is, akkor megadhatja másnak is.

[Kajuch a jogi személynél]—mesterséges jogalanyt lát: jogalany maga a testület, az alapítvány. Vécsey szerint is ezek maguk a jogalanyok, melyek azért jogi személyek, mert jogi céljuk van, és jogi képességüket egyedül a jognak köszönik. Ha azonban ez volna a kritérium, akkor az ember is, mint jogalany, jogi személy volna. A jogi személyekről szóló római tételes intézkedéseket l. Kajuch 92—95. old.)

18. §. A jogtárgyak.

Az a jószág, az az élvezeti obiectum, a minek tekintetében a jogi parancs a kötelezett alanyhoz ki van bocsátva, az a jogtárgy. Jogtárgy lehet:

1. Az én saját physikai existenciámnak substratuma, a testem, testi épségem, egészségem, továbbá testi és szellemi szabadságom. Egy abszolút parancs van kibocsátva, azaz egy parancs van kibocsátva mindenkihez, hogy engem, testemet stb. ne bántsa. A ki ezt a parancsot megsérti, az az én személyi jogomat sérti meg.

2. Jogtárgy lehet rám nézve másnak a személye is, még pedig vagy a maga teljes egészében, mintha valami dolog volna,

(ez a dominus joga rabszolgája fölött, a mely azonban ma már nem practicus), vagy kevésbé föltétlen, de tartós (családi jogok), végül szűkebb körben, úgy hogy egyáltalában nem tartós a viszony, nem úgy, mint a rabszolga, vagy a családtagok esetében, hanem jogtárgy csak mulólagosan bizonyos vonatkozásban.

3. Jogtárgyak a dolgok.

[Kajuch szerint (az 1. alattit ő nem említi) maguk a jogok is, pl. zálogjog zálogjogon.]

A tankönyvek itt adják a dolgok felosztását, azért röviden mi is rátérünk itt. Dolog latinul res. De a res szónak a latin nyelvben többféle értelme van. Értünk alatta vagyont, egész vagyontömeget; így beszélünk res uxoriáról. Vagyon az összesége a bennünket megillető gazdasági érdekű dologi és kötelmi jogoknak és kötelezettségeknek. Szűkebb értelemben csak a minket megillető jogokat jelenti, tehát az activ vagyont. Ezzel szemben áll a passiv vagyon, a kötelezettségek. A római jog a közfelfogásnak megfelelően a vagyon alkatrészeül nemcsak a jogokat, hanem azok tárgyait, a dolgokat is tekintette, és mind a kettőt resnek nevezte. Így beszélnek a római juristák res incorporales-ről ellentétben a res corporales-sel. Res incorporalis nem dolgot jelent, hanem jelenti az egyes vagyonjogokat. Ezeknek a res incorporaliseknek a tárgya lehet res corporalis, a testi, a konkrét dolog.

A vagyon fogalmának a latin nyelvben nemcsak a res szó felel meg, hanem egy másik kifejezés is a *patrimonium*. (Érdekese a viszony a latinban a *patrimonium* és *matrimonium* szavak közt. *Patrimonium* a vagyon, *matrimonium* a házasság. *Patrimonium* csak a paterfamiliasnak volt. Paterfamilias nem házasságot jelent, hanem *patrimonium*-ra képest, *sui iuris*. Materfamilias ellenben az, a ki *matrimonium*-ban van, tehát házasságot jelent, a ki jogilag ugyan *filiafamilias*, de neve *materfamilias*. A *materfamilias*-t tehát teszi a *matrimonium*, a *paterfamilias*-t pedig a *patrimonium*.)

A mint vannak személyek, kik nem jogképesek, azaz nem lehetnek alanyai a *patrimonium*-nak, úgy vannak dolgok is, a melyek nem lehetnek tárgyai a vagyonnak: extra *patrimonium* állnak. Ezek tehát mintegy nem jogképes dolgok.

A dolgoknak főbeosztása ennek alapján az, hogy vannak dolgok, res, quae in *patrimonio* sunt, melyek tárgyai lehetnek a vagyonjognak, és res, quae extra *patrimonium* sunt. Res in *patrimonio* alatt nem azt kell érteni, hogy jelenleg van valakinek a vagyónában, hanem lehet valakinek vagyónában. Az erdőben levő vad, ez jelenleg nincs senkinek a vagyónában, de azzá lehet, ha elfogják. Tehát res in *patrimonio* nem dolog, mely most van vagyónban, hanem jelenti a dolgoknak a képességét, hogy tárgyai lehetnek a vagyonnak.

A res in *patrimonio* és extra *patrimonium* beosztást meg kell különböztetni egy másik beosztástól: res in *commercio* és extra

commercium. *Commercium* jelenti a forgalmi ügyletekre való képességet. Ennek is van egy subiectiv és egy obiectiv jelentése. A mint vannak személyeknek, kiknek commerciumuk van, a kik, más szóval, a római jogban elismert forgalmi ügyletekben részt vehetnek, azaz köthetnek vagy tanúskodhatnak, azaz, a mint vannak személyek, kiknek van cselekvőképességük, és vannak másrészt személyek, a kiknek nincs cselekvőképességük, vagyoni jogi cselekvőképességük, hasonlóképen vannak dolgok is, melyek commercium tárgyai lehetnek, a melyeket tehát cserélni, adni, venni, stb. lehet, és vannak másrészt dolgok, melyekre nézve ilyen ügyleteket kötni nem lehet.

A *res extra patrimonium* természetesen *res extra commercium* is. A mely dolog nem lehet vagyoni jog tárgya, nem lehet vagyoni jogi ügylet tárgya sem. Tehát csak a *res in patrimonio*-nál lehet szó *res in commercio* és *res extra commercium*-ról. Vannak tehát dolgok, melyek in patrimonio állhatnak, de in commercio nem állhatnak. Valakinek a vagyonában vannak, de ebből ki nem kerülhetnek. Ilyen a köznek, az államnak, a *respublicának* bizonyos dolgai, melyeknek neve szintén *res publicae*. (A *res* szó itt nemcsak a vagyont jelenti, hanem azokat is, kik annak alanyai.) A *res publica*, a római állam, az maga alanya bizonyos dolgoknak, tehát ezek a dolgok a római állam vagyonában in patrimonio sunt. De nem lehetnek tárgyai a commerciumnak.

Mindenekelőtt tehát ki kell zárunk a *res extra patrimoniumot*, azaz azon dolgokat, a melyek vagyoni jogok tárgyai nem lehetnek. Ezekről tulajdonképen a jogi értelemben vett dolog minőségét meg kell tagadni. Ilyenek már azok, melyek physikai minőségüknél fogva nem hajthatók vagyoni jogok alá, így a nap, a csillagok, a levegő, az *aqua profluens*. Ezek olyan dolgok, melyek élvezetet nyújtanak ugyan, de melyek egy embernek hatalma alá nem hajthatók. Ezekre, a természetüknél fogva *res extra patrimoniumokra* a rómaiak azt mondják, *iure naturali communia sunt omnium*, melyekhez a fentebbieken kívül Justinianus a *litus maris*-t, a tengerpartot is csatolja. Persze az edénybe sűrített levegő, körülhatárolt víz, már nem *res extra patrimonium*.

Másodszor vannak dolgok, melyeknek természete nem zárja ki ugyan azt, hogy magánvagyonban legyenek, de czélszerűségből a jogrend nem engedi, hogy egyes emberek tulajdonában álljanak. Ilyenek a *res divini iuris*, a *res sacrae*, *religiosae* és bizonyos tekintetben, *quodammodo* a *res sanctae*. Ezek a római *fas* által, a római szentjog, egyházjog által védett és annak hatalmában tartott dolgok: *Res sacrae* a szertartáshoz tartozó és consacrált dolgok: templomok stb. Ma ezeknek más jogállásuk van. Ezek ma magánjogban, az egyháznak magánjogában állanak, csak hogy bizonyos elidegenítési tilalmak fűződnek hozzájuk, de in patrimonio sunt. A római jogban ezeket úgy fogták fel, hogy a *res divini iuris* ellentétben állanak a *res humani iurissal*, tehát in patrimonio non sunt. A *res religiosae*

a temetkezési helyek, diis manibusque consecratae sunt. Ma a családi magántulajdonban állnak, bár nem oly értelemben, mint pl. a házam, mert a családi sírboltot másnak el nem adhatom, ha már egyszer használva van. A *res sanctae*-re nem is lehet mondani, hogy azok res extra patrimonium, azok res sanctae csak annyiban, a mennyiben ezeknek a megsértése is nemcsak magánjogi per alá vonatott, hanem igen erős capitalis büntetés alá is. A jogmegsértésért járó büntetéseket épen a res sanctae mintájára Iustianianus sanctiónak hívja. A res sanctae tehát nem azért sanctae, mert divini iuris hanem mert erős sanctio alá esnek. Ezek a dolgok a várfal stb. nem is állnak extra patrimonium, hanem csak extra commercium.

Ezek a res extra patrimoniumokat másképen res nullius-oknak is nevezik. De res nullius alatt nemcsak azokat a dolgokat értjük, melyek magántulajdonban nem lehetnek, hanem azokat is, melyek ez idő szerint nincsenek magánvagyonban, így a vadállatok, földben levő kincs, az ellenség dolga, az eldobott dolog stb. Ezek azonban korántsem res extra patrimonium.

Res in patrimonio: A res communes omnium és a res divini iuris-on kívül minden egyéb dolognak van jogképessége, azaz jogoknak tárgya lehet. Ezek a res in patrimonio már most lehetnek res in commercio és extra commercium.

A) **Res extra commercium a res publicae** a szónak tágabb értelmében: a köz tulajdonában álló dolgok. Ezek közt három osztályt kell megkülönböztetni. 1. Állami erdőségek, bányák ezek olyan dolgok, melyeket az állam úgy használ fel, mint a magánember szokta felhasználni a maga dolgait. Az ilyen állami kincstári vagyon az állam tulajdonában van ép úgy, mint az egyes ember tulajdonában van órája, pénze stb. Ez az ú. n. *pecunia populi*, vagy később *pecunia fisci*. Azonban ezek nem állnak extra commercium, hanem in commercio, ezekről itt szólnunk tehát nem szabad.

2. A res publicae másik faja a *res publicae publico usui destinatae*. Ezeknek az állandó rendeltetése az, hogy azokat a közönség használja: nyilvános utak, sétaterek, Rómában a nyilvános ingyenes színházak. Ezek a res publicae az állam tulajdonai, de ezekről az állam nem rendelkezik, ezek magánügylet tárgyát nem képezhetik: res extra commercium.

3. A res publicae harmadik faja a *szoros értelemben vett res publicae*. Ezeket nem mindenki használja az államban, hanem maga az állam használja. Ezek a közigazgatás dolgai: a várak, erődítvények, arsenálok, a munitio tárgyai, a börtönépületek stb. Látszólag ugyan a katona, a bebörtönzött használja e dolgokat, de ez nem áll, az állam használja ő általa. Ezek a dolgok is in patrimonio, de extra commercium állanak.

B) Minden egyéb dolog in commercio est.

*) L. Kajuch 98. old. (ingatlan és ingó dologtól fogva) a 103-ik oldalig; megjegyzendő, hogy Vécsey a Kajuch elvetette földolog — mellékdolog megkülönböztetést fentartja. L. pótlólag Vécsey 178—180. old. III. pontig és 182—185. old.

19. §. Jogkeletkezés, változás és megszűnés.

Jogszerzés és vesztes.

A corpus iurisban olvashatunk olyat, hogy ius nascitur, crescitur, decrescitur, moritur, dormit. Ez mind képletes beszéd. Valóságban nem születik, nem hal meg a jog, mert az nem élő, nem testi existenciával ellátott valami. A jog helyzet, abstractio. Már az, hogy helyzet, is képletes beszéd. A mi egyáltalában nincs, az nem keletkezhetik, változhatik, szűnhetik meg tényleg, ezek is tehát képletes kifejezések, és úgy nem azt jelentik, a mit a szó mond.

1. **Jogkeletkezés.** A jog az a helyzet lévén, hogy az állam az én érdekemben egy bizonyos parancsot bocsátott ki, jogkeletkezésről akkor beszélhetünk, ha az a parancs, az a helyzet kezdődik. Ez történik, ha megvalósul az a tényállás, a melyhez a jog azt a parancsot fűzi. Azonban vigyázni kell arra, hogy a jogkeletkezést a jogszerzéssel össze ne tévesztjük. Valaki szerezhethet jogot a nélkül, hogy az a jog akkor keletkeznék (*derivatív, származtatott jogszerzés, acquisitio*), viszont keletkezhetik jog, a nélkül, hogy azt valaki megszerezne. Pl. egy tehén, mely hereditas iacenshez vagy egy captivus vagyonához tartozik, megborjadzik. A borjúra keletkezik tulajdonjog a nélkül, hogy azt valaki megszerezne. A jogkeletkezéssel együtt járó jogszerzés az *originär, eredeti acquisitio*.

A szabály az, hogy ha egyszer a jog keletkezett, akkor mi vélelmezzük annak további fennállását addig, míg be nem bizonyítatik, hogy az a jog megszűnt. Ha tehát be kell bizonyítanom hogy jelenleg egy jogom van, csak azt bizonyítom, hogy a jogot megszereztem.

2. **Jogváltozás.** Ez azt jelenti, hogy az a helyzet, a mely az érdekemben kibocsátott parancs következtében előáll, lényegileg ugyanaz marad, csak egyik-másik tekintetben szenved változást, de csak olyat, a mely nem elég relevans arra, hogy azt mondhasuk, hogy az egész helyzet mássá lett. Változhatik a jog

a) *jogalany* tekintetében; az a jog a mely fennállt A személyében, átmegy B személyére; a mely eddig egy személyé volt, lesz többé; vagy egy ideig függőben marad, hogy kié; vagy egyáltalában alanytalanná válhatik;

b) *kötelezett* alany tekintetében;

c) *tárgy* tekintetében, culpa, mora, casus, dolus megváltoztatja a jogot;

d) *védelem* tekintetében, t. i. a másodparancs, a sanctio tartalma változik pl. keresetem elévül, a mi annyit jelent, hogy az első parancs tovább is fennáll, a második megszűnik. A jogom kevesebbet ér, mint azelőtt, de azért meg nem szűnik.

Már most mikor mondhatjuk, hogy a jogban beálló változás még nem olyan nagy, hogy az identitás-t is érinti, hogy azt kell mondanunk: a jog megszűnt és helyébe lépett egy új? A nehéz-

ség onnan van, hogy a jognak in rerum natura létezése nincs, physikailag tehát nem ellenőrizhető. A felvetett kérdésre a válasz az, hogy addig beszélünk jogváltozásról, a míg a megváltozott jog a régi jognak alapul fekvő tényállásával még mindig abban a nexusban van, mint a mely nexusban volt a régi jog, a míg tehát összefügg a régi tényállással, azaz a míg jogom bizonyításakép a régi jog tényállását kell bebizonyítanom. Pl. depositumba adom a lovamat A-nak. A ló megdöglik, A meghal, örököse B, én jogomat engedményezem C-nek. A jog tehát minden tekintetben megváltozott: más a jogosultsági, más a kötelezettségi alany, más a tárgya, mert nem a ló visszaadása, hanem bizonyos összeg lefizetése lesz a jog tárgya. Mégis a jog nem új, hanem a régi jog megváltozott állapotban, mert a jogosított alany a bizonyításnál vissza kell, hogy térjen a depositumra. Már novatio esetében, még ha az egész helyzet a régi marad is, nem jogváltozásról, hanem a régi jog megszűnéséről és egy ugyanolyan újnak keletkezéséről lesz szó, mert a bizonyítandó jog jogalapja csak a novationalis stipulatio lesz, a mi azelőtt történt, arról nem lesz szó.

Vitás az elbirtoklás, usucapio kérdése. Brinz, Hölder és némileg Dernburg azt mondják, hogy derivatív jogszerzés, az uralkodó theoria szerint originár. Ha valaki egy dolgot elbirtokol, az előbbieket szerint az előbbi tulajdonos joga csak megváltozik, az utóbbi szerint megszűnik, és az elbirtokló javára új tulajdon áll be. Az utóbbi helyes. Bár itt azzal találkozunk, hogy bizonyos jogok, a melyek a régi tulajdon következtében fennállottak, zálogjogok, melyeket ő szerzett vagy másoknak adott, hozzátapadnak az ingatlanhoz, és így az elbirtokló (is ezekkel együtt nyeri tulajdonjogát. Ez azonban nem határoz, mert joga bizonyításánál csak az elbirtoklásra fog hivatkozni. A váltójogban sokáig vitás volt, vajjon a forgatmányos eredeti vagy származékos úton szerzi-e meg a maga követelési jogát. Minthogy a forgatmányosnak csak azt kell bizonyítania, hogy ő megszerezte a váltót, de azt, hogy az előző (az auctor) mire alapította a jogát, nem, ennél fogva ez is originár szerzés. Ugyancsak jogkeletkeztető tény a keresk. törv. 299. §-a is: Azon árúk vagy egyéb ingóságok, melyeket a kereskedő üzleti körében elárúsított és átadott, az esetben is a jóhiszemű vevő tulajdonába mennek át, ha az eladó tulajdonos nem volt.

Legfontosabb az alany tekintetében beálló jogváltozás: ez a *successio*, a *jogutódlás esete*. A *successio* tehát abban áll, hogy valamely jognak alanya, akár a jogosított, akár a kötelezett más lesz. A források úgy beszélnek, hogy *ius transit*, *transfertur*, *succedit in ius*, *succedit in locum*. (Ez a *successio* szó más értelemben is használatos. pl. *pretium succedit in locum rei*, *res in locum pretii*. Ez tudvalevőleg a *senatusconsultum Iuventianum*, a mely kimondja, hogy az örökös a hagyatékból eladott dolgok vételárát, és a hagyatéki pénzen vett dolgokat is követelheti. Vagy *successio graduum et ordinum*.) Mikor egy jog

A-ról B-re száll át, beszélünk *translativ successio*-ról. Van azonban más *successio* is: a *constitutiv successio*. Ez nem a jogváltozás fejezetébe tartozik. Itt nem egy s azon jog száll B-re, hanem B-re száll egy jog, a mely A-nál ebben a formában meg sem volt, hanem megvolt mint A valamely jogának alkotó része. Pl. A B-nek zálog vagy szolgalmi jogot constituál. A zálog vagy szolgalmi jog nem volt A-nál, de B mégis A-tól nyerte, és minthogy nem adhatok senkinek olyasmit, a mi már nálam ne lett volna, ennél fogva ez a jog mégis benne kellett, hogy legyen az A jogában. A nem a jogát adja B-nek (*translativ successio*), hanem A a maga jogából ad B-nek (*constitutiv successio*). Ezért nevezzük a szolgalmi jogot, zálogjogot, *emphiteusest* stb. részjogoknak. A *translativ successio* jogváltozás, a *constitutiv successio* jogkeletkezés.

Mindkét *successio*ra két szabály áll: 1. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. Csak azt a jogot és abban az állapotban ruházhatom át, a mely állapotban az nálam volt. Ha a tulajdonom meg van terhelve *resolutiv feltétellel*, vagy *diessel*, akkor én a tulajdont csak ezzel ruházhatom át.

2. *Accessio cedit principali*. A mely jogot a *successor* a fődologra kap, azt *in dubio* megkapja az *accessorium*ra is.

A *successio* létjogosultságát tagadja Kuntze, lipcei tanár. A jog cselekvési szabadság lévén, ha A joga átmegy B-re, ez már nem az A cselekvési szabadsága, hanem a B-é. E nézet helytelensége nyilvánvaló, mert hiszen helytelen alapból indul ki. Sőt *successio* lehetséges nemcsak az egész jogra, hanem létezik *partialis successio* is. Én nemcsak a házam egész tulajdonát ruházhatom át B-re, hanem elfogadhatom B-t társul. Ez azonban csak az osztható jogoknál lehetséges. Ellenben vannak jogok, a melyek egyáltalában nem tűnnek *successio*-t, az úgynevezett *legszemélyesebb jogok* (*ius personissimum*). Ilyenek a házasságból származó jogok, ma a családjogok (a rómaiaknál pl. az *agnatusok* gyámi joga át volt ruházható: *cessio legitimaie tutelae*). A vagyongigok közül nem ruházhatók át pl. a személyes szolgalmak: az *ususfructus* stb. A rómaiaknál az *obligatiók* elvileg nem voltak átruházhatók, ma fordítva van, most átruházható nemcsak a jog, hanem a kötelezettség is. (A rómaiak a kötelmi jogokra és kötelezettségekre nézve csak az *universalis successio*t ismerték el, a *mandatum*ra és *societas*ra ezt sem). Nem szállnak át az örökjogi jogok (kivéve a *transmissio* esetét.) és végül nem száll át a birtok.

A *successio*nak két fontos fajtát különbözteti meg a római jog: a *singularis* és *universalis successio*-t. *Singularis successio*: elődöm (*auctorom*) egyes jogaiba és kötelezettségeibe való lépés; *universalis successio*: elődöm összes jogaiba és kötelezettségeibe, (vagyonába) való lépés *uno ictu*, egy ténnyel. Az *universalis successio* tehát nemcsak *successio in universitatem*, hanem főleg és első sorban *per universitatem*. Még ha összes jogaimat és kötele-

zetségeimet, tehát egész vagyonomat ruházom is át utódomra (successoromra), de egyenként teszem ezt, mégis még mindig singularis successio van jelen. Az universalis successio lényege tehát főleg az unus actusban rejlik. Ha teljes brutto vagyonom 10 db. bútorból áll, akkor ha én a 10 db. bútort egy szóval ruházom is át, én azzal az egy szóval nem egy, hanem 10 traditiót (a tulajdonjog átruházása) végzek. Itt a traditio az egyik dologra lehet érvényes, a másikra nem. És esetleg később felmerülő jogaim és kötelezettségeim ez egy actussal még nem szállnak át. Ez meg mindig csak singularis successio. Mert egy cselekménnyel gyakran sok cselekményt végzünk, így a büntető jogban beszélünk eszmei bűnhalmazatról, és így a magánjog terén beszélhetünk ügyleti halmazatról. Tehát egy tény és az összes jogok és kötelezettségek átszállása, e kettő együtt teszi az universalis successiot. Ennek legnevezetesebb, bár nem egyetlen faja a római jogban is, a maiban is, az öröklés. A római jog ismeri még az arrogatiót, bonorum adictionem libertatis causa, régebben a bonorum venditiót. És ma is kénytelenek vagyunk egy vagyon körében több vagyont megkülönböztetni. Pl. Két egymással élénk összeköttetésben levő részvénytársaság összes részvényeit megvásárlom. Ha ez kifelé nem nyilvánul, a két részvénytársaság nem szűnik meg. Itt két jogi személy vagyona van, mindkettő benne van az én vagyonomban, és az én vagyonomon belül állanak egymással szemben viszonyban, tartozhatnak egymásnak stb. Ha most fuziót mondok ki a két társulat közt, ez is universalis successio.

3. **Jogmegszűnés.** A parancs által teremtett helyzet a parancs megszűntével természetesen megszűnik. Ez mindig jogvesztés is. Ez utóbbit subiectiv jogmegszűnésnek lehetne nevezni, mert annyit jelent, hogy a jog rám nézve megszűnik. De a jogvesztés nem mindig jogmegszűnés is. Lehet jogváltozás is, ilyen a successio. Ha az én jogom átszáll B-re, én elvesztettem a jogot, a nélkül, hogy azért a jog megszűnt volna, hisz folytatódik B-nél. A viszony tehát ugyanaz, mint a jogszerzésnél. Ez is lehet jogkeletkezés (originár jogszerzés), és lehet jogváltozás, még pedig szintén successio (derivatív jogszerzés).

L. még Kajuch 104 old. alul, továbbá Vécsey (186 old.) jogok gyakorlása és összeütközése.

20. §. Az alanyi jogok nemei a) alanyuk szerint.

Köz és magánjogok.

A köz és magánjogok közt a határvonalat megvonni igen nehéz, akár subiectiv, akár obiectiv értelemben vesszük is a jogot. Van-e először olyanok, a kik a különbséget a parancsoló alany tekintetében keresik. Szerintük a magánjogot az egyes ember, a köz-

: 7

jogot pedig az állam constituálja. A közjog terén az állam parancsol, a magánjogban pedig az egyes ember akarata az, a mely normát szab a másoknak. Ez helytelen, mert a jogot egyáltalában csak az állam constituálja.

Mások a különbséget a jogalanyban találják, mondván, hogy az a jog, a mely az egyes emberé, az magánjog, a mely az államé, az közjog. Ez sem talál, mert az egyes embernek is vannak közjogai pl. a választói jog, és az államnak is vannak magánjogai, ha pl. szerződik valakivel.

Vannak harmadszor, a kik a kötelezettségi alanyt tartják a fundamentum divisionisnak. Ha az egyes ember van kötelezve, az magánjog, ha a köz, az közjog. Ez sem áll, mert az egyes is lehet közjogilag, a köz is magánjogilag kötelezve. Pl. a hadkötelezettség az egyest kötelezi és mégis közjog.

Ismét mások a jog tartalmában vélik a különbséget feltalálhatni. Ezek szerint a magánjog csak jog, a közjog jog is, kötelezettség is. A magánjoggal élhetek vagy sem, a mint nekem tetszik, a közjoggal nemcsak élhetek, hanem élnem kell is. Nemcsak jogom van, hanem kötelességem is a képviselőválasztásban résztvenni, és azért a közjogról nem is lehet lemondani. Ez nincs egészen így, mert vannak magánjogok is, a melyekről nem lehet lemondani, pl. az apaság, és viszont a király lemondhat méltóságáról.

Dernburg azt tanítja, hogy magánjog az a jog, a melyet a polgári bíró előtt érvényesíthetnek. Ez igaz, de circulus vitiosus. Mert ha a perjogban meg azt kérdezzük, hogy mi érvényesíthető a polgári bíró előtt, a felelet lesz: a magánjog.

Legközelebb áll a helyes megoldáshoz Ulpianus, a ki a védett érdek szerint különböztet és a ki így definiál: *ius publicum est, quod ad statum rei publicae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet.* Csakhogy ez is sokat mond. A jog sohasem véd magánérdeket, hacsak össze nem vág a közérdekkel, és a közjog egyszersmind a magánember érdeke is. Ez alapon azonban eljuthatunk a helyes megkülönböztetéshez, a melyet így lehet formulázni: *Közjog az a jog, a mely első sorban a közérdeket, magánjog, a mely első sorban a magánérdeket akarja védeni.* Az egyes ember az államban két minőségben szerepel: mint önczél és mint állameszköz. Ez utóbbi minőségében polgárnak nevezzük. Az a jog, a mely az egyes embernek mint önczélnek érdekeit akarja első sorban védeni, az magánjog, az a mely az egyes embernek mint polgárnak érdekeit akarja szolgálni, az közjog. Az államnak is mint államnak érdekét szabályozó jog: közjog, mint gazdasági alany: magánjog. (L. még Kajuch 7—9 oldal.)

21. §. Az alanyi jogok nemei: b) tárgyuk szerint.

I. A személyiség joga. Ez a magánjog legújabb része. Puchta állította be a *Recht der Persönlichkeit*-ot a rendszerbe, de a pandektisták ismét elejtették. A személyiség joga azon jog, a mely védi a) az ember testét mindenkivel szemben. Ide tartozik az életet, a teste és szellemi épségét, az egészséget védő jog. b) A szabad mozgást védő jog, ez adja a magánjogi szabadságot. c) A hírnevet, becsületet, hitelt védő jog. d) A jog, mely védi az egyéniség külső megjelenését. Vannak ugyanis bizonyos külső jegyek, melyek kifelé képviselik, felismerhetővé teszik az illetőt. Ide tartozik a név, a cég, a címer, az iparjegy. Ezek a jogok most küzdenek elismertetésükért. A cégbitorlás fogalmát még 50 évvel ezelőtt nem ismerték. e) Ide vonható a szellemi productumokat védő jog: a szerzői, találmányi jog. Levelem publicálójá, ha nincs is a szerzői jogról szó, megsértette személyemet, mert én talán nem akartam közölni.

Ezek mind csak példák, és nem kimerítő felsorolás. (Puchta a birtokot is ide sorolta). Mindezeknek sértése engemte sért, az obiectum egy: én magam, csak a mód más-más. Annyira fontos ez az érdek, a mely itt védetik, hogy az állam nem éri be azzal, hogy nekem egy subiectiv jogot ad, hanem véd hivatalból is, véd *criminalis sanctió*val, pl. így védi a levéltitkót, a személyes szabadságot stb. Ez különben a jog más terén is ismétlődik, pl. a tulajdonjognál.

A személyiség joga azonban nemcsak önálló jog, hanem mögötte áll minden egyéb jognak is. A ki tudatosan bármely jogomat sérti, az nemcsak azt a vagyonjogomat sérti, hanem sérti e mögött a személyemet is; kicsinylést fejez ki egyéniséggemmel szemben. Ez a pszichológiai magyarázata az emberek perelési dühének, perelnek, még ha több is a perköltség, mint maga a pertárgy. És innen van a római jogban az, hogy minden jognak tudatos megsértése esetén az illető jogvédő *actio* mögött ott van az *actio iniuriarum aestimatoria* is. Ez a praetor méltányos jogi jogkezelésében mindenütt bő alkalmazásra talált. (Az *institutio* tankönyvek természetesen a személyiség jogát nem ismerik.)

II. Dologi jogok. Jogok, melyek tárgya valamely dolog, célja valamely dolog élvezete. (Ez nem egészen talál, mert ha az élvezeti obiectumot vesszük a jog tárgyának, akkor az adásvétel, tehát kötelmi jogviszonynak tárgya is dolog. Ennyiben helytelen azoknak rendszere, a kik a dolgok felosztását a dologi jogok elé teszik. A dologi jogok kriteriumát nem a dolog adja, pl. zálogjog zálogjogon, hanem az abszolút védelem, a védelem mindenkivel szemben. És ha a kötelmi jog tárgya, mint azt a maga helyén bővebben ki fogjuk fejteni, az a szolgáltatás, az a magatartás, a melylyel az adós tartozik, akkor a dologi jogok tárgya sem lehet

egyéb, mint az a magatartás, a melylyel mindenki tartozik, t. i. hogy senki sem fog a dologhoz illetéktelenül nyúlni, senki sem fog zavarni a dolog kihasználásában. Azonban az uralkodó tan a dologi jog tárgyának a dologt tekintti, és ezért történik ez alapon a mi felosztásunk is.) A jogrend a dologra vonatkozó élvezetemet olyképp védi, hogy rajtam kívül, a jogalanyon kívül, mindenkinek megtiltja, hogy ehhez a dologhoz abban az irányban, a melyben az élvezetem fekszik, hozzányúljon. Tehát hogyha a jog engem a dolognak mindennemű élvezésében akar védeni (tulajdonjog), akkor minden embernek meg van tiltva a dologra való minden behatás. (Ezt azonban cum grano salis kell venni, mert a tulajdonjognak is vannak úgynevezett korlátjai: mindenki nézheti a házamat.) De a római jog is, a mai is védi a jogalanyt nemcsak abban az esetben, mikor ő a dolognak minden oldalát akarná élvezni, hanem részélvezeteket is elismer. Így beszélhetünk a tulajdonjoggal szemben részjogokról. Ilyet a római jog négyet ismer: a szolgalmi jogot, emphyteusist, superficiest és a zálogjogot. Volt idő, mikor csak egy volt: a szolgalmi jog, és azért ius alatt per excellentiam ezt értjük. A modern jogok többet ismernek. A tulajdonjoggal szemben, melyet *ius in re propria*-nak is nevezetnek, ezeket *ius in re aliena*-nak hívták. Ez azonban nem egészen helyes. Vannak ilyen részjogok a saját dologmon is pl. telekkönyvi zálogjog, és vannak oly dologon, a mely nem idegen, nem másé pl. szolgalmom egy derelinqált telken.

III. **Kötelmi jog.** Nagy vita van a körül, hogy mi tulajdonképen ennek a jognak a tárgya. Némelyek szerint az adós személye, mások szerint az adós akarata, a szolgáltatás tárgya stb. A mi álláspontunk, a melyet a maga helyén bővebben ki fogunk fejteni az, hogy a kötelem tárgya az, a mire az adós köteles: a szolgáltatás, színtelenebbül: az adós magatartása. Ez csak dialektikailag különbözik azoktól, a kik azt mondják, hogy a kötelem tárgya az adós személye, de nem az egész személye, hanem csak bizonyos vonatkozásban, tehát az adós, mint szolgáltató személy. A kötelem tárgyát alkotó szolgáltatás lehet nagyon sokféle. Lehet a szolgáltatás közvetlen célja a kötelemnek pl. a színész köteles játszani, és lehet a szolgáltatás csak eszköz a célhoz, pl. a hordár szolgáltatása. A szolgáltatás aztán más szempontból lehet facere vagy nagyjában dare. A dare-re menő kötelmek egy lépéssel közelebb állanak a dologi jogokhoz. A dologi jogoknál is, a dare-re menő obligatiónál is a végcél valamely dolog élvezete. A különbség az, hogy a dologi jogok esetében jogom mindenki ellen irányul, utóbbi esetben csak egy vagy több bizonyos személy ellen. (Ez különben az egyedüli elvi különbség a dologi és kötelmi jogot között. A dologi jog abszolút jog, a kötelmi jog relatív.) Azután a dologi jogoknál a dolog már az enyém, és a jogi védelem arra irányul, hogy a jelen állapotot megvédje, holott a dare-re menő obligatiónál a

dolog még nincs meg, és a jogi védelem a jelenlegi állapot megváltoztatását tartja szem előtt. Végül a dologi jognál a kötelezett alanyok (mindenki) valami nem tevésre, negatív szolgáltatásra vannak kötelezve, holott a *dare re menő* obligatiónál pozitív cselekvényre. A *non facere-re*, nem tevésre negatív magatartásra menő obligatiók megint e tekintetben állanak közel a dologi joghoz.

IV. **Örökjög** Míg az eddig említett jogok mind valami élvezetet garantíroznak, addig az örökjög tárgyát meghatározni bajos. Az örökjög alatt többfélét értünk a) Örökjoga van A-nak, a ki a végrendeletben ki van nevezve örökösse, a kitől függ, hogy az örökséget elfogadja-e vagy sem. Az, hogy lehetősége van a pusztá elfogadom szó által in universum succedere, ez a *ius succedendi* vagy *ius delationis*, ez a subiectív örökjög.

b) Örökjogról beszélünk akkor is, ha valaki az örökséget már elfogadta, és most másokkal szemben, a kik az ő jogosultságát tagadják, bíróilag ezt a jogosultságot megállapíttathatja.

c) Mások végül örökjognak nevezik azt a jogát az örökösnek, a ki az örökséget már elfogadta, hogy ő mindenkitől, a kinél valami hagyatéki tárgy van, ezt a hagyatéki tárgyat követelheti.

Ezek közül az első igaz. Az örökjög igazán abban a lehetőségben áll, hogy én másoknak kizárásával az örökséget elfogadhatom. Ez azonban nem lehet külön, *sui generis* subiectív jog. Mert különben subiectív jogról kellene beszelnünk a nekem tett ajánlat esetében is, ott is tőlem függ, elfogadom-e vagy nem az ajánlatot. Brinz igen helyesen az örökjögöt mint külön subiectív jogot nem is tárgyalja, hanem a vagyonjogot felosztván dologi és kötelmi jogra, függetlenül hozzáteszi az örökjögöt, mondván, hogy miután eddig a *singularis successio* tényeit tárgyalta külön a dologi és külön a kötelmi jogban, most a függetlekben az egész vagyonra vonatkozó, tehát úgy a dologi, mint a kötelmi jogra vonatkozó *universalis successiót*, az öröklést tárgyalja. Ugyanezt az elvet viszi keresztül, bár nem oly következetesen Justinianus is, ki a dologi és kötelmi jog közé helyezi ezt a materiát.

Arra, hogy mi az örökjög tárgya, az írók szintén különbözőképen válaszolnak: Puchta és az egész historikus iskola azt tanítja, hogy az örökjög tárgya az örökhagyó személyisége. Az öröklő *personam defuncti continet*. Személyiség tudvalevőleg a jogalanyiség. E szerint tehát ha A-nak vagyonában olyan jogok vannak, a melyeknek én bármely oknál fogva eddig nem lehettem alanya, most örököse lévén A-nak, lehetek majd alanyuk. Ezt jelenti a Puchta definíciója. Ez azonban nem igaz. Én nem öröklöm az A jogképességét hanem megtartom a magamet. De Puchta és hívei nem is ezt értik meghatározásuk alatt, hanem ők az örökhagyó vagyonát értik: az összes jogokat és kötelezettségeket, kivéve a legszemélyesebb jogokat. De ha ez így van, akkor miért különbözne az a *successio*, ha átvesszem valakinek összes jogait,

attól, mikor egyes jogokat vesznek át. Az örökjognak, mint külön jognak tárgya tehát sem az elhunyt jogszemélyisége, sem vagyona nem lehet. Ha valakinek vagyonát leltározzuk, lesz ott tulajdonjogkövetelési jog, stb. De örökjog nem. Ha már *acquiráltam*, elfogadtam az örökséget, kaptam különféle jogokat, de örökjogot nem. Tehát *post acquisitionem hereditatis* már *subiectiv örökjogról* nem lehet szó. Legfeljebb *ante acquisitionem* lehet róla szó. És semmi kétség, hogy mikor nekem meg van *deferálva* az örökség, akkor még az örökhagyó egyes jogai nincsenek meg, és mégse lehet, mondani, hogy nekem semmim sincs. Valami értékkel bíró helyzetben vagyok, csak kérdés, vajon ezt a helyzetet nevezhetjük-e *subiectiv jog*nak? Nem. Mert ha ez a helyzet *subiectiv jog*, akkor minden nekem küldött ajánlatnál, *oblaciónál* kellene beszélnünk *oblationális* vagy talán *acceptionalis jogról*. Az örökjog *subiectiv jog* volta ellen azonban van fontosabb ellenvetés is. A jog parancs vagy tilalom máshoz bocsátva az én érdekeemben, hogy nekem bizonyos élvezetet biztosítson. Ennek első feltétele, hogy az emberek tehessenek valamit, a mivel engem gátolnak ebben az élvezetben, mert különben mi célja volna a parancsnak? Az örökjog pedig, mint az ajánlat elfogadhatása is, abban a helyzetben áll, hogy egy nyilatkozatot tehetek. De ebben a helyzetben engem nem is zavarhat senki. Az igaz, vannak szabályok, a melyek meghatározzák, hogy A. halála esetében B. hogyan, mily tény által *succedal* ennek jogaiba. E szabályok összesége adják az örökjogot tárgyi értelemben. De ezekből külön *subiectiv jog* nem származik. Az örökös helyzetének párját gyakran találjuk, a nélkül, hogy *subiectiv jogról* szöveljünk. Mért nem nevezzük *occupationalis jog*nak azt a helyzetet, hogy pusztá nyilatkozatom (*perceptio*) által a dolgot birtokba és tulajdonba vehetem?

Az örökösödés tehát csak tényállás, melyből, mint sok más tényállásból, *successio* származik, mégis azzal a különbséggel, hogy itt *universalis successio* származik. És azért arra a kérdésre, hogy az örökjog hol tárgyalandó, a felelet az, hogy, ha az *occupatiót*, mert tulajdonjoghoz vezet, a tulajdonjognál, a *cessiót*, mert kötelmi jogba való *successiót* eredményez, a kötelmi jognál tárgyaljuk, akkor az örökjogot, mely az összes vagyoni jogokba való *successiót* idézi elő vagy minden egyes *vagyonjognál*, vagy, a mi a rendes, a *vagyonjogok* után kell tárgyalni. (Igy teszi Kajuch is. Vécsey tekintettel arra, hogy az örökösök első sorban a családhoz tartozók, az örökjogot a *vagyonjogtól* függetlenül, a családi jog után teszi.)

V. Családjog. Ez alatt is kétfélét értünk. A legrégebbi időben tudvalevőleg a *paterfamilias*nak egyforma joga, *manusa* volt minden fölött, a mi az ő házához tartozott, családtagok, rabszolgák, dolgok, állatok fölött. Ez a család fölötti jog tehát ép úgy, mint a dolog fölötti, abszolút jog volt, kötelezettségi alánya: mindenki. A személyek itt mint *jogtárgyak* szerepeltek. Ennek némi *reminiscentiája* megvan ma is. Ma is ismerünk családjogokat mindenkivel

szemben, pl. az *interdictum de uxore exhibenda*, *de liberis exhibendis* ilyenek védelmére szolgálnak. Az itt védett érdek oly fontos, hogy ennek a védelemnek még büntetőjogi sanctiója is van. Vannak tehát először *absolut családjogok*, melyeknek a családtagok a tárgyai. Másodszor és sokkal nagyobb számban vannak *relativ családjogok*, a melyekkel az egyik családtag bír a másik irányában. Az apa a gyermek, a gyermek az apa, a férj a feleség irányában és viszont, a gyámolt a gyám irányában és viszont. Ezek a relativ családjogok megint lehetnek vagy tisztán *személyes jellegűek* pl. a nő követni tartozik férjét, vagy *vagyoni jellegűek*, ezek tisztán kötelmi jogok, pl. a dos, az alimentatio ügye. Ez utóbbiakat csak czélszerűségi okokból tárgyaljuk a családjogban.

22. §. A jogok nemei: c) egyéb alapok szerint.

Absolut és relativ jogok. Absolut jog az a jog, melynél a kötelezett alany mindenki, kivéve a jogosultat, a melynél tehát az érdekemet védő parancs rajtam kívül mindenkihez van intézve. Ezek mind negatív természetűek, tilalmak, parancsok, hogy valami ne történjen. Ezeknek latin neve *iura* (jobbán *actiones*) in rem. In rem tudvalevőleg annyit jelent, hogy általánosságban, absolute, és így a latin név sem mond egyebet. Helytelen fordítással azonban a *iura in rem*-et úgy magyarították, hogy dologi jogok. Absolut jogok azonban nemcsak a dologi jogok, hanem a személyi jogok, a családjogok egynémelyike, és némelyek szerint az örök jog is.

Relativ jog az, a mely csak egy vagy több bizonyos személyt terhel (*iura in personam*). Ez nemcsak negatív természetű lehet, sőt többnyire nem is az, hanem pozitív tevést is parancsolhat. Az absolut joggal védett érdek mindenki által sérthető, ezért szól a parancs mindenkihez, holott a relativ jogok esetén érdekemet csak épen az a bizonyos egy vagy több személy sértheti, és ezért csak ezek a kötelezett alanyok. Relativ jogok a kötelmi jog és a családjog nagyobb része.

Közvetlenül és közvetve meghatározott alanyi jogok. Közvetve még lehet határozva a) a jogalany, a hitelező pl. a bemutatóra szóló papírnál a hitelező az, a ki a papiros birlalója; a telki szolgálat jogosultja, a kié a telek, b) a kötelezett alany, pl. a reálterheknél, vagy noxa esetén tudvalevőleg *noxa sequitur dominio*. (Reálteher oly kötelezettség, mely azt terheli, a kié az illető ingatlan. Az előbbi osztályba lehet még sorozni a gyökösített iparjogokat is, t. i. az jogosult annak a bizonyos iparnak a vitelére, a kié az ezzel a joggal felruházott ingatlan.)

Positív és negatív tartalmú jogok. Positív tartalmú jog az, a melynél a biztosítandó érdek védelmére igazi parancs szolgál, negatív pedig, melynél a védelem tilalom. Az absolut jogok negatívak, a relativ jogok lehetnek pozitívak és negatívak.

Őnálló és mellékjogok (accessorius jogok). Mellékjog oly jog, mely csak más jog mellett állhat fenn, így a telki szolgálat az uralkodó telek tulajdonához van kötve, a kezesség, a kamatkövetelési jog főkövetelést tételez fel, stb. A mellékjogot accessiónak hívjuk. (Ezzel a szóval jelölünk sok mást is Accessio a dologrészt, de az a tulajdont tárgyilag változtató tényállás is, hogy egy eddig önálló dolog egy másiknak részévé (nem mellékdolgává), tehát accessiójává lesz. Beszélünk még accessio temporis, vagy possessionisról is az elbirtoklás tanában, hogy t. i. az auctornál letelt idő számítódik a successornak is) Vécsey szerint (185. old.) a mellékjog meg is előzheti a főjogot pl. a kártérítésre való jogot az az óvadékra való jog: cautio damni infecti.

Átruházható és átruházhatlan jogok. Bizonyos jogok megengednek successiót, mások nem; előbbiek átruházhatók, utóbbiak nem. A successió fejezetében utóbbiakat már felsoroltuk, a mihez még hozzáesszük, hogy a kötelmi jogok közül egy jogalany tekintetében sem történik változás az actiones vindictam spurantes, a kötelezett alany tekintetében az actiones poenales (még minersalis successio esetében sem).

Osztható és oszthatlan jogok. A dolgokról az oszthatóságot átvitték a jogokra is. Osztható jog, a mely több alanyt illet úgy, hogy minden egyesről azt mondhatjuk, hogy van joga, mely az eredeti joggal minőségileg egyenlő. Oszthatónak nevezünk egy jogot akkor is, ha egy jog helyébe több jog lép, pl. három testvér örököl egy 300 frtos követelést, lesz három száz—száz frtos követelés. Itt csak a történetre, felosztásra vagyunk tekintettel, ha oszthatónak mondjuk a jogot. Oszthatónak más értelemben azt a jogot is nevezzük, a mely több embert illet úgy, hogy azért nem lesz több joggá, marad egy jognak, a melyet ez a több jogalany olyaténképen gyakorolhat, hogy mindegyiknek van valami részjogosultsága. a mely azonban nem oly nagy, mint a milyen nagy volna, ha az övé volna a teljes jog. Pl. 3 emberé egy ló. Harmadik esete az oszthatóságnak, ha többeknek van egy joguk, de csak együttesen solidariter járhatnak el, ez is osztható, mert több alany lehetséges.

Oszthatlan jogok a dologi jogok közül az usus és a telki szolgalmak, a kötelmi jogban, bár általános szabályt erre adni nem lehet, a dare-re menő obligatiók, ha a szolgáltatandó dolog oszthatatlan, és a facere-re menők, ha nem mindegy, hogy ki teljesít.

3. FEJEZET. A TÉNYÁLLÁSOK ÁLTALÁBAN.

23. §. A jogi tény.

Jogi tény az oly tény, a melynek jogi hatása van, az állam parancsa fűz hozzá valami következményt, pl. az ember születése, halála. Jogi tény in concreto minden tény, azaz minden a természetben előforduló változás, pl. a tüsszentés is lehet jogi tény, ha valamely joghatás feltételül van kitűzve. De egy tény maga soha-

sem elegendő. Egy ténynek csak akkor van jogi hatása, ha vele együtt más tények is működnek: pl. leég a ház. Joghatás: a tulajdonjog megsemmisül. Ehhez azonban nem volt elég, hogy a ház leégett, hanem kellett, hogy az a tulajdon keletkezett legyen, hogy azt a tulajdonos megszerezte legyen stb. Csakhogy rövidség okáért mindig az utolsó tényre mondjuk, hogy ez a hatás oka, a többi előfeltételre nem gondolunk. Mégis meg kell különböztetni egyszerű és összetett jogi tényeket. Egyszerű jogi tény, mely egymagában producál (már a fenti értelemben véve az egymagában-t) bizonyos jogi hatást. Összetett tényállás, mikor több tényállás producál jogi hatást, de ez a jogi hatás nem sommáztatja az egyes tények joghatásának. Ez az összetett tény néha nem egyszerre végbemenő több tényből áll, hanem successive létesül, ú. n. successiv tényállás. Pl. hogy valaki végrendeletileg örököljön, ahhoz ~~kell először, hogy va-~~ laki végrendeletet csináljon, másodszor a halál, és harmadszor az örökség elfogadása. Ezek a tények nem egyszerre, hanem egymásután mennek végbe.

Fitting behozta az irodalomba az előhatás (*Vorwirkung*) fogalmát, hogy a tényállás előtt áll be a joghatás. Ez azonban lehetetlen. Vannak ugyan látszólag kivételes esetek, pl. rám nyílt egy hagyomány, még mielőtt elfogadtam volna, kérhetek biztosítást (cautio legatorum servandorum causa). Azonban ez nem a hagyomány elfogadásának előhatása, hanem a már létező tényállapotnak, tehát az elfogadás előtti állapotnak következménye, hatása. A mint előhatás nincs, úgy visszhatás (*Rückwirkung*) sincs. Mikor pl. a holnap történő tényállásnak hatálya olyan, mintha tegnapelőtt ment volna végbe ez a tényállás. Csakhogy ez nem visszahatás, mert a hatás valóban csak holnap áll be, és az időbeli eltérés a hatásnak csak tartalmára, milyenségére vonatkozik. Beszélnek továbbá függő hatás-ról. Míg a successiv tényállás teljesen beáll, az egyes tényeknek lehetnek részhatásai, a miket, mint láttuk, helytelenül előhatásoknak szoktak hívni, de lehetnek oly esetleges hatásai, a melyek látszólag egy későbbi tény bekövetkezésétől függnék. Pl. Nasciturus pro iam nato habetur: a férj elhal, neje várándós állapotban van, ilyenkor a születendőnek reserválunk egy gyermekrészt, a melyet, hogy megkap-e, függ attól, hogy élve születik-e meg stb. Ez a függő hatás sem egyéb azonban, mint a már bekövetkezett ténynek a hatása, a melynél csak az kérdéses, hogy megmarad-e Jobban mondva, szükséges egy másik tény, a halvaszületés, a melynek hatása az eddigi hatást lerontja.

A szabály tehát, mely alól kivétel nincs, az, hogy a hatás csak a jogtény után áll be.

A szerint, a mint a jogi tény következtében, valamely jog keletkezik, változik, vagy megszűnik, szereztetik vagy elvesztetik, vannak jogkeletkeztető, változtató, megszüntető, jogszerző és jogvesztő tények.

A jogi tényeket két nagy csoportba oszthatjuk: szándékolt jogi tények vagy cselekmények, és nem szándékolt egyéb tények. Ezek közt legnevezetesebb az idő folyása.

L. még Kajuch 105 oldal: fictio és praesumptiv tények. Vécsey a tény fogalmának megjelölésére használja a cselekvény szót.

24. §. A jogi cselekmény.

Cselekvény alatt értünk szándékos testi magatartást. Szándékos, azaz tudatos és akaratos. Nem cselekvény e szerint a rám kényszerített magatartás, sem a belső pszichológiai folyamat okozta nem is magatartás, hanem úgynevezett reflex mozgás. Magatartás, azaz nemcsak valami tevés, mozgás, hanem lehet nem tevés, nem mozgás, nyugvás is. Végül testi, tehát a mi csak belsőleg történik és külsőleg nem jelentkezik, az nem jogi cselekvény, mert cogitationis poena nemo patitur. Ezt Iustinianus még nem ismerte el. (Ez szintén különbség jog és illem közt egyrészt, erkölcs közt másrészt. Jog és illem csak külső cselekményeket, erkölcs belsőket is szabályoz).

In concreto nézni kell, ha valamely cselekvény után jogi hatást észlelünk, vajjon ez a hatása annak a cselekvénynek hatása-e? Mert post hoc még nem propter hoc. Pl. Megeszem valakinek az almáját, annak tulajdonjoga megszűnik. Itt nem az evés a jogi cselekvény, hanem az alma megsemmisülése. Hogy ez evés által történt, az véletlen. Én az ön fáját beültettem az én kertembe, ez ottan gyökeret ver. Ez az ú. n. implantatio ténye. Az ön tulajdonjoga megszűnik, az enyim nagyobbodik, de nem az én beültetési cselekményem folytán, hogy beültettem, hanem azon tény folytán, hogy gyökeret vert.

A szolgálatom non usus által megszűnik. Jogi cselekvénynek eredménye ez a non usus? Nem. Mert ha ez a non usus nem is történt szándékosan, a szolgálatom mégis megszűnik. Tehát a szándék a non ususnál irrelevans, már pedig cselekvény csak az szándékolt testi magatartás, melynek a szándék lényeges, relevans alkateleme.

A jogi cselekvény lehet 1. megengedett 2. tiltott cselekvény.

A megengedett ismét kétféle lehet. Lehet először olyan, a melyből előáll egy bizonyos jogi hatás tekintet nélkül arra, hogy a cselekvő fél ezt a hatást elő akarta-e idézni vagy sem. Magát a magatartást kell akkor is szándékolnia, mert különben nem lehet cselekvényről szó. Pl. a költő verset ír. Ez cselekvény. De megírja ő a költeményt nem is gondolva arra, hogy az ő javára a szerzői jog előálljon, pedig előáll. Ilyen a thesauri inventio is az egyik nézet szerint, ha megpillantja a kincset, övé, akár akarta, akár nem; a másik szerint ugyanaz következik be, de csak akkor, ha birtokba veszi. Ilyen az occupatio: ha egyszer valaki az uratlan dolgot apprehendálta, az az ő tulajdona lesz, akár akarja, akár nem.

Ide tartozik a specificatio, mert ennél meg feltétlenül szükséges, hogy a specifikáló személy ne tudja, és így ne is akarhassa a tulajdonszerzést. Ide sorozandó a nemzés is. Ezt magát akarta a két fél, tehát cselekvény, de már a hatást, a gyermektartási kötelezettség beálltát már nem szándékolta, vagy legalább is irrelevans, szándékolta-e a fél, az okvetlenül beáll. Ilyen még a vasutak felelősége. Ezek neutralis megengedett cselekvények.

A megengedett cselekvény másodszor lehet jogügylet. Legáltalánosabban úgy lehet definiálni, hogy olyan megengedett jogi cselekmény, a melynek a hatása csak annyiban van meg, a mennyiben a cselekvő fél ezt akarta. Szándékolt joghatású megengedett jogi cselekmény. Ha A. szerződik B.-vel, akkor ennek az a hatása, és olyan a hatása, a mit és a milyent A. és B. akartak. Nézni kell az akaratot, mit akartak (I. keresk. törv. 265. §-át.)

Összetett tényállásban lehet az egyik elem jogügylet, a másik neutralis cselekmény, lehet többes jogügyleti cselekmény, és lehet jogügyleti cselekmény és tilos cselekmény is. Ez utóbbi esetben az állományállás mindig tilos lesz. Pl. az apprehensio, a birtokbavétel, jogügylet, csak azért lesz birtokomban a dolog, mert akarom. De ha én idegen dolgot apprehendálok, akkor a jogügyleten kívül tiltott cselekmény is, furtum is van benne, így az összeselekmény is tilos. Tehát a jogügylet lehet tilos cselekménynek egyik eleme. Jogügyleti cselekmény eleme azonban tilos cselekmény soha sem lehet. Az előbbi esetre még példa: a lex Annilia második része. Több correalis hitelezőtárs, adstipulator, közül az egyik a többi megkárosítására acceptilatióval elengedi az adósnak a követelést. Az acceptilatio jogügylet, de itt eleme tilos cselekménynek, delictumnak: a damnum iniuria datumnak. Más példa a senatus consultum Macedonianum ellenére kötött kölcsön. A kölcsön mindig jogügylet, de itt azzal a ténnyel együtt, hogy filius familiásnak adatott, tilos összeselekményhez vezetett. Az adásvétel jogügylet, de ha valamely adós viszi végbe a vevő tudtával a hitelezők megkárosítására, akkor az actio Pauliana alapjául szolgáló tilos cselekmény viszi végbe.

25. §. A jogügylet.

Mint láttuk olyan megengedett jogi cselekvény, mely jogi hatását annyiban hozza létre, a mennyiben a cselekvő azt akarja. De cselekvő fél alatt nem az in concreto cselekvő felet értjük, hanem az abstract cselekvő felet, azt a bizonyos római bonus pater-familiást. Hiszen a concret fél akaratát nem is tudhatom, mert az akarat tisztán belső valami. Ha mégis a concret cselekvő fél akaratát kutatom, akkor azt az akaratot veszem, a mit róla, mint átlagos tisztességu emberről felteszek. Ez annyira igaz, hogy ha ő főeszküvel még be is akarná bizonyítani, hogy neki más a pszichológiája, mint másnak, ez számba vehető nem volna. A jogügylet tehát

nem fiks
~~olyan megengedett jogi cselekmény, a melynek hatása olyan, a melyet az állam jogügyletnél az átlagos tisztességi felek akarni szoktak.~~ Ez a helyes definitio, de ez is fentartással. A jogügyleteknek vannak kisebb fontosságú hatásai is, a miket a laikus ember, az ügyleti fél, nem szokott tudni, így tehát nem is akarhat, de a miket a jog mégis hozzáfűz. Pl. az adásvételnél hogy ki viseli a casus veszélyét, arra a felek nem is szoktak gondolni. És mert a felek akarata erre a pontra nem szokott kiterjedni, a törvény köteles ezt szabályozni, köteles szerződéspótló, subsidi árszabályokat felállítani. De a főhatásokat, azokat felállítja az átlagos feleknek tapasztalat szerinti akarata szerint. Talán a fentire való tekintettel definiálja Vécsey a jogügyletet következőképen: A félnek jogos cselekménye, melyhez a tételes jog szerint bizonyos joghatás fűződik lehetőleg összhangban az ügyleti félnek kinyilvánított akaratával.

A jogügyletek kétfélék. Vannak olyanok, a melyeket a jog már életben talált, pl. a csere, nemi viszony, és vannak mesterségesek, mint a mancipatio, in iure cessio.

Schlossmann, Bechmann, stb. az újabb időben definíciónk ellen azt hozzák fel, hogy a jogügyletnél a félnek akarata nem is a joghatásra, hanem gazdasági, lényeges hatásra van irányítva. Szerintük a ki bundát vesz, annak csak az az akarata, hogy ne fájzon, de sem evictióra, sem actio empti megszerzésére nem gondol. A joghatást a jog tukmálja rá. Ez azonban nem igaz, ő nemcsak a bundát akarja, hanem biztosan akarja bírni, úgy hogy csak ő használhassa, azaz ő a tulajdonjogot akarja, természetesen csak mint eszközt a cél elérése.

Csakhogy nem minden cselekmény, a melynek a jogi hatását a fél akarja, sőt a melyet azért visz végbe, mert ezt a joghatást el akarja érni, jogügylet is egyszersmind. Minden télen több lopás történik, nemcsak azért, mert a szükség nagyobb, hanem mert sok ember azt akarja, hogy őt becsukják. Azért a lopás még sem jogügylet, mert nem megengedett cselekmény. Ha a költő nem azért költ, mert műzsája szorítja, hanem mert el akarja adni a manuscriptumot, tehát azért költ, hogy beálljon a joghatás: a szerzői jog, szintén nem jogügylet van jelen. Mert azt kell kérdeznünk, hogy ha ő nem is akarná ezt a hatást, vajjon az azért nem állna be? Felelet, hogy bizony beállana, mert itt nem a cselekmény, hanem az esemény hozza létre a jogi hatást. Jogügyletről tehát csak akkor lehet szó, ha a joghatás csak azért állt be, mert a fél azt akarta. De ha az akaratot keressük, nem a belső akaratot kell néznünk, azt nem is lehet, hanem néznünk kell, hogy a fél eljárása olyan volt-e, hogy a bonae fidei bírónak azt kell hinnie, hogy ezt a joghatást, azaz mint fentebb láttuk, a főhatásokat akarta.

A jogügylet a félnek az a jogi cselekménye, a melyhez hatásképen dispositiv jogszabály hozzá van fűzve. Míg ez a fél cselekménye, addig az ítélet bírói cselekmény, szintén oly cselekmény,

mely dispositiv jogszabályt hoz létre. Jogügyletről tehát nemcsak a magánjog, hanem a közjog (perügylet), a nemzetközi jog (nemzetközi szerződés) terén is lehet szó.

In concreto gyakran nehéz megállapítani, vajjon jogügylettel van-e dolgunk, mert, mint láttuk, beállanak oly hatások is, a melyeket a felek nem akartak. Ellenben a neutralis tényeknél is előfordul oly hatás, a melyet a felek akartak. Úgy hogy az ellentét a jogügylet és a neutralis cselekmény közt nem annyira qualitativ, mint quantitativ. A kérdés tehát csak az, hogy mennyi az a minimum, mely a jogügyletnek megkívántatik. A nemzés nem jogügylet, de már a szülésről Cöhner azt mondja, hogy jogügylet. Vitás az occupatio, az apprehensio, derelictio, specificatio. Ezek közül az apprehensio és derelictio jogügyletek, mert lényeges alkatelemük az animus, a szándék, a másik kettő pedig neutralis cselekmény.

Mi a jogügylet tartalma, illetőleg mi az a megengedett cselekmény, melyet jogügyletnek nevezünk? Savigny szeriut *akaratnyilvánítás*. Ebből annyi igaz, hogy minden jogügyleti cselekményben benne van az akaratnyilvánítás. De eltekintve attól, hogy pl. a szerződés nem akaratnyilvánítás, hanem akaratok nyilvánítása, Savigny meghatározása azért is helytelen, mert nemcsak akaratnyilvánítás lehet a jogügyletben. Az adósság kifizetésénél nem elegendő az akaratnyilvánítás, hogy fizetek, hanem kell a tényleges fizetés is. Hogy ez két dolog, onnan is látszik, hogy ez a kettő gyakran széjjel is van választva, pl. a brevi manu tradicionál. A tényleges átadás itt előbb történik és csak később az akaratnyilvánítás, hogy tulajdonomat át akarom ruházni.

Igy kétféle jogügyleti cselekményről kell beszélni, tiszta akaratnyilvánítási ügyletek és vegyes tényállású jogügyletek (akaratnyilvánítás + más reális tény). Az akaratnyilvánításban is két momentumot kell megkülönböztetni, az akaratot és a nyilvánítást.

26. §. Akaratnyilvánítás.

Az akaratnyilvánítás oly cselekmény, a melylyel valamely jogi hatásra irányuló akaratunkat más személynek tudtára adjuk. Lényeges a jogügyletnél, mert miként a bűncselekményeknél, úgy a magánjogban is áll a szabály, hogy cogitationis nulla poena: a belső akaratnak nincs joghatása. Dahn Felix szerint az akaratnyilvánítás csak a belső akarat bebizonyítására való. Ez azonban nem áll. Mert ha valakiről be is tudom bizonyítani, hogy ő ezt vagy azt akarta, de ő velem ezt az akaratát nem nyilvánította, akkor ennek a belső akaratnak nem lesz jogi hatása.

Az akaratnyilvánítás mikéntje sokféle lehet. A legközönségebb a kiejtett, vagy leírt szó. (Meg kell azonban jegyezni, hogy a szó, az írás nemcsak az akaratnyilvánításra szolgál, gyakran

tényértékesítést tartalmaz, valaminek megtörténtét tudatom, pl. a keresk. törv. 305. és 306. §. értesítés a keresk. zálog eladásáról).

Az akaratnyilvánítás történhetik más által is, nemcsak szó által. Fel nem sorolhatók az akaratnyilvánítást magában foglaló cselekmények. Ezek közt meg szoktuk különböztetni a kifejezett és hallgatólagos akaratnyilvánítást. Csakhogy más-más írók ez alatt mást-mást értenek. Vannak olyanok, a kik azt mondják, hogy a hallgatólagos akaratnyilvánítás a hallgatásban, nem tevésben, negatív viselkedésben áll, míg kifejezett akaratnyilvánítás a pozitív cselekmény. Csakhogy ez nem felel meg a praktikus szóhasználatnak. Ha én a villamosra felugrom, ezzel, tehát pozitív cselekménnyel, hallgatólagosan kötöm meg a locatio conductio operis-t. Mások kifejezett alatt az élő szót és írást értik, hallgatólagos alatt minden egyebet. Ez sem áll, mert szóval is lehet hallgatólagosan akaratot nyilvánítani, pl. azt mondom a kereskedésben: vágjon le három róft. Savigny azt mondja: ha az én cselekvényemnek, magatartásomnak direkt célja az, hogy ön ebből az akaratomat megtudja, akkor ez kifejezett akaratnyilvánítás, hallgatólagos pedig az a cselekmény, melyet nem ebből a célból végeztem, de mégis kivehető belőle az akaratom. Csakhogy honnan tudjuk azt, hogy valaki egy cselekvényt mily célból visz véghez? Továbbá néha a hallgatás direkt akaratnyilvánítási célzatból történik, e szerint ez is kifejezett akaratnyilvánítás volna. Ezt azonban Savigny nem akarja mondani. Főleg azonban azért helytelen Savigny nézete, mert ha a hallgatólagos akaratnyilvánítás oly cselekmény, melynek nem célja az akaratnyilvánítás, akkor az nem is akaratnyilvánítás a de internis non indicat praetor elvénél fogva. Zittelman, Leonhard, stb. úgy különböztetnek meg, hogy kifejezett a szokásos akaratnyilvánítás, tehát a szó mindig, de lehet más is, pl. a szavazásnál a felállás, hallgatólagos pedig a kevésbé szokásos, tehát kevésbé is érthető formák. Csakhogy hol van a határ szokásos és nem szokásos közt?

Az egész megkülönböztetésnek nincs praktikus létjogosultsága, mert mindkét fajta akaratnyilvánításra ugyanazok a szabályok állnak. Az egyedi alkalmazása a megkülönböztetésnek az, hogy a törvény néha azt mondja, hogy ennek vagy annak kifejezetten kell kikötve lennie. De a törvények is mást-mást értenek ez alatt. Ma úgy általánosságban a szóban kifejezett akaratnyilvánítást tekintjük kifejezettnek.

Vécsey megkülönböztet közvetlen és követett nyilatkozatot a Savigny meghatározásával. Szerinte a hallgatás csak akkor jelent beleegyezést, ha a törvény direkt nyilatkozatot követel (190 old.).

Kajuch csak a hallgatást tekinti hallgatólagos akaratnyilvánításnak, minden egyéb kifejezett. Szerinte a hallgatás beleegyezést jelent. A kifejezett nyilvánítás lehet szerinte közvetlen és követett (115 old.).

Bármilyen is az akaratnyilvánítás, azt mindig értelmezni kell. Ennyiben minden akaratnyilvánítási cselekmény factum concludens, azaz olyan cselekmény, a melyből conclusio, következtetés

útján tudom meg az akaratot. (Factum concludens alatt azonban csak a nem szóbeli akaratnyilvánítást értjük.) Néha a cselekmény csak homályosan fejezi ki az akaratot, két vagy többféle értelmezést enged és azért maga a cselekvő egy újabb cselekménnyel mutat rá cselekménye igazi értelmére és kizárja a többi értelmezést, hogy félre ne értsék. Ez az újabb cselekménye a protestatio. Ez tehát szintén akaratnyilvánítás. De ez által csak oly értelmezést lehet adnia, mely előbbi cselekményében már benne volt. Ha ő más értelmet akar tulajdonítani első cselekményének, mint a milyen tényleg benne volt, vagy ha annak csak egy, kétségtelen értelme volt, és ő azt ki akarná zárni, az ilyen protestatio facto contraria, és hatálytalan. Legtöbb értelmezést a hallgatás engedvén meg, ez szorul leginkább protestatio általi magyarázatra. A hallgatásnál mindjárt az is nehéz kérdés, vajjon az illető a hallgatással jogi cselekvényt akart-e végezni, vagy nem. Legkevesebb szabad pedig a hallgatást úgy magyaráznunk, hogy qui tacet, mindig consentire videtur.

Beszélünk még vélelmezett és fictiv akaratról. Ha több értelme lehet az akaratnyilvánítási cselekménynek, in dubio a bíró választja ki a valószínű értelmet; ez a tényleges vélelem: praesumptio facti vagy hominis. Gyakran maga a törvény állítja fel a több értelmű nyilatkozat valószínű értelmét: ez már praesumptio iuris. A vélelmezett akarat szemből az ellenbizonyítás meg van engedve, a fél bebizonyíthatja, hogy tényleg nem ezt, hanem azt akarta. Ha ez az ellenbizonyítás ki van zárva, akkor a vélelem megdönthetetlen és neve praesumptio iuris et de iure. (A vélelem persze nemcsak a cselekményeknél, hanem az egyes tényeknél is előfordulhat, a hol azt jelenti, hogy egy tényt, a mely nem biztos, hogy megtörtént-e, a bíró vagy a jog megtörténtnek vesz, a mivel szemben szintén lehet vagy esetleg nem lehet ellenbizonyításnak helye.)

Fictiv akarat az, ha a törvény a hatást olyképp fűzi a cselekményhez, hogy a cselekmény olybá tekintendő, mintha a cselekvőnek ez és ez lett volna az akarata, holott a tényállásból világos, hogy az illetőnek nem ez volt az akarata. (Fictiv tény, tényleg meg nem történt tény, melyet a jog megtörténtnek vesz, a mi ellen persze ellenbizonyításnak nincs helye. A praesumptio iuris et de iure az a határ, a hol a vélelem és a jogképelem (fictio) találkozik.) A fictiv akaratnál a hatás nem az akarat következménye, tehát nem jogügyleti hatás, hanem ex lege hatás.

27. §. Az akaratnyilvánítás formája.

Rendszerint beszélni szoktak a jogügylet formájáról, de mint-hogy a jogügylet tényalapja nem mindig csak akaratnyilvánítás, hanem reális cselekmény is, és ezenfelül nyilvánvaló, hogy ez utóbbinak formájáról nem lehet szó, tehát csak az akaratnyilvánítás

nítás lehet kötve bizonyos formához. Sőt egy jogügylet több akaratnyilvánításból is állhatván, lehetséges, hogy csak az egyik formai, a többi nem. Pl. a váltó a váltószereződési elmélet szerint két akaratnyilvánítás: a váltó kiállítás és a váltó átvétele. E kettő közül csak az első formai. Minden akaratnyilvánítás természetesen bizonyos formában történik, de *formai jogügyletről csak akkor beszélünk, ha a tényalapot akár részben, akár egészben képező akaratnyilvánítás kötve van bizonyos formához olyképp, hogy ez az akaratnyilvánítás a célzott hatást csak ebben a formában hozza létre.* A lényeges tehát nem az, hogy in concreto az ügyletkötő fél valami különösen feltűnő formában nyilvánította a maga akaratát, hanem az, hogy ha a hatást el akarta érni, akkor ebben a bizonyos formában vagy formákban, a melyek nem okvetlenül feltűnőek, kellett azt nyilvánítania. Lehet tehát több forma is, és akkor a fél ezek közül szabadon választhat, ez tehát alternatív formaság. És így formai és formátlan jogügylet közt a különbség nem, qualitativ, hanem quantitativ, mert formátlan jogügylet az, hol a fél számtalan forma közt válogathat.

A formai jogügylet neve: *alaki, formalis, ünnepélyes, sollemnis* jogügylet. A formalis szóval azonban mást is jelölünk. Formalis vagy abstract jogügyletről beszélünk, ellentétben a causalis vagy materialis jogügylettel. Formalis vagy abstract jogügylet az a jogügylet, melynek megvan a hatása, tekintet nélkül arra, hogy miért, miféle célból kötöttet a jogügylet. Ez tehát más, mint a mit mi formai, formalis jogügylet alatt értünk. A terminusok zavarát itt még az is tetézi, hogy a római jogban az absztrakt (formalis) ügyletek egyúttal formaiak is, pl. a stipulatio. Ma a váltó szintén formai is, abstract is. Ma azonban elismerjük a *cautio indiscreta*-t, a mely abstract kötelezvény ugyan, de nem formai.

Mi a formaság célja a jogügyletnél? Hiszen a formaság kellemetlen, időbe, munkába és pénzbe kerül és veszélyes, mert a forma elvétele veszélyezteti az ügylet hatását. Ezzel szemben vannak a formának előnyei befelé a felekre nézve, és kifelé harmadik személyekkel szemben is. A félre nézve előnyös, mert nehezíti az ügyletet, óvatosságra int. Kifelé megkönnyíti a jogügylet megtörténtének a bizonyítását és a jogügylet tartalmának felismerését, tehát az értelmezést. Az előnyök és hátrányok mérlegelése fontos feladata a törvényhozónak, mielőtt valamely jogügyletnél a formaságot megkívánja. Csekély dolgoknál például túl kell tennünk magunkat a formaságon.

A jogügyletek története azt mutatja, hogy a legrégibb jogügyletek formaiak. Ebben azonban nem a fönti előnyök voltak a főmotívumok, hanem a naiv népnek szeretete minden ceremonia iránt. Ebben különben a divatok változtak. A mi keresk. törvényünk vallja a formátlanságot, ma megint a formaság felé hajlanak.

A különböző formaságok számát fel se lehet sorolni. Legszokásosabbak: bizonyos szavaknak a használata pl. ma a váltó, egyéb cselekmények, pl. a negotia per aes et libram, lóvásáron az ökölcsapás, a börzén a slusz. Ma a legfontosabb az írás. Itt megint meg kell különböztetnünk, hogy néha csak írás kell általában, néha bizonyos szavak írása, pl. a kezességhez írás kell, bár nem bizonyos szavakban. Az írásbeliség csak akkor az ügylet alakisága, ha a hatás beállta van az íráshoz kötve. Mert az írás szolgálhat a különben teljes hatású jogügyletnek pusztán bizonyítására is. Végül formai jogügylet az is, mely ügyleti tanúk jelenlétét tételezi fel.

28. §. Eltérés akarat és nyilatkozat között.

Kétféle akaratról lehet beszélni. Az ügyletkötésnél akarom először is az ügyletnek a joghatását, és másodszor épen ezért akarom az akaratnyilvánítási cselekvényt is. Az előbbi a nyilvánított akarat (erklärter Wille), az utóbbi a nyilvánítási akarat (Erklärungswille) vagy Zittelmann szerint szándék. Schwarz nyilvánítási és nyilvánítási akaratról beszél.

Rendszerint ez a két akarat egyetértésben van egymással, congruens. Ha vis absoluta forog fenn, pl. kezemet erővel vezetik, vagy hypnosisban cselekszem valamit, sem az egyik, sem a másik akaratról nem lehet szó. Előfordul, hogy esetleg más azt hiszi, hogy én nyilvánítottam akaratot, holott ez nem történt meg, pl. a színész a színpadon játék közben ígér 100 frtot. Itt sincs meg egyik akarat sem. Mert az a szó, hogy ígérek, még nem döntő, az nem akaratnyilvánítás. Ő szerepet akart mondani, de sem kötelezni nem akarta magát, sem ezt a kötelezettséget nem akarta kifejezni. Itt is még congruentia van a kétféle akarat közt.

Néha azonban incongruentia fordul elő, a fél mást akar, mint a mit nyilvánított. Ez történhetik vagy tudatosan vagy nem tudatosan.

A tudatos incongruentia a simulatio, a színlelés. Tudatosan jelentem ki, hogy egy bizonyos joghatást akarom, holott tényleg nem akarom. Ez lehet egyoldalú: reservatio mentalis, (pl. egy koldúsnak henczégésből 5 frtot adok, gondolva, majd visszakövetelem). De ettől meg kell különböztetni azt, ha ketten beszélnek össze, és egy harmadikkal szemben simulálnak. Rendszerint csak itt beszélnek simulatióról. Pl. a férj és feleség adásvételi ügyletet kötöttek, pedig tényleg ajándékozás volt. Egymással szemben a kettő kijelenti valóságos akaratát, tehát akaratjuk a nyilatkozattal egymás irányában összevág. A valódi tényállás ez esetekben az, hogy ők harmadik személyekkel szemben az akaratnyilatkozatnak csak egy részét adják meg. Az egész t. i. az, a mit ők megbeszéltek, a minnek azonban egy része csak négy szem közt történt. Ez esetben kettőt kell megkülönböztetnünk: egy ügyletet, melyet ők

kifelé színlelnék, de melyet ők nem akarnak, ez a *negotium simulatum*, (példánkban az adásvevés), eltakaró ügylet, és egy a mássikkal eltakartat: a *negotium dissimulatum*-ot. Nem minden negotium simulatum mögött van dissimulatum, lehet, hogy semmi joghatást sem akarnak pl. csalásnál. De a hol negotium dissimulatum van, van simulatum is.

A külső nyilatkozattól eltérő belső szándékot a jogrend figyelembe nem veszi, így a mentalis reservatio nem érvényes, és a harmadik személy magát a kinyilatkoztatott akarathoz tarthatja, a negotium simulatumhoz.

E tudatos eltérésétől az akaratnak és nyilatkozatnak meg kell különböztetni a nem tudatosat. Mást nyilvánítottam ugyan, mint a mit akartam, úgy azonban, hogy erről tudomásom nem volt. Más szóval: tévedésben voltam. Itt ismét két eset van. Az egyik az, a mikor én magát a nyilatkozási cselekményt, úgy a mint megesett, nem akartam, pl. elszóltam magamat, vagy mikor félrekapok, nem azt kapom meg, a mit akartam, mikor a kötelezvényt akarom szétszakítani és szétszakítom tévedésből a váltót. Ez az elvétési aberratio ictus. Fontosabb a másik eset: mikor a nyilatkozási cselekményt úgy, a mint véghez viszem, akartam is. De az mégsem vág össze az én akaratommal, mert t. i. tévedésben voltam a nyilatkozat értelme felett. Ennek oka a népszokások, a nyilvánítási eszközök nem pontos ismerete stb., pl. idegen nyelven beszélek és elvétem a szót.

De nem mindig, mikor tévedésről beszélünk, forog fenn eltérés akarat és nyilatkozat között. Ilyen eset az indokban való tévedés: én a cselekményt akarom, a melyet véghez vittem, de nem akartam volna, ha egy bizonyos másik körülményt, mely cselekményemnél döntő volt, tudtam volna. Pl. azt hittem, nincs pénzem és azért aláírtam a váltót, holott tényleg van pénzem. Az ilyen indokban való tévedés rendszerint közömbös.

A félreértés a másik esete a tévedésnek, a mikor nincs eltérés az akarat és nyilatkozat közt. Pl. ön üzen nekem valamit, de az üzenetvívő mást mond, és én az üzenet alapján kötöm meg önnel az ügyletet. Itt nem jön létre szerződés, mert mindegyik fél téved nem a saját nyilatkozata iránt, hanem a másik nyilatkozata iránt.

A tévedés, error szót az indokban való tévedésre és a félreértésre is használja a római jog. E kettőnél azonban nincs eltérés akarat és nyilatkozat közt. De vannak esetek, mikor nehéz meghatározni, vajjon tévedés forog-e fenn obiectiv értelemben, vagy indokban való tévedés, illetve félreértés.

Már most mi e tévedések joghatása. Erre nézve különböző felfogás van. Savigny úgy nevezett akarati teoriájában azt mondja, hogy joghatás, eltekintve a simulatio és mentalis reservatio esetétől csak akkor áll be, ha a nyilatkozat és az akarat összevág. De a mikor az én nyilatkozatom és akaratom össze nem vág, akár a

cselekvény elvételése, akár tévedés nyilatkozatom értelme fölött velt ennek oka, továbbá, ha nyilatkozatom összevág ugyan akaratommal, de az én akaratom nem vág össze a másik fél akaratával (a félreértés), tisztán logikai oknál fogva nem származik se jogügylet, se joghatás: mert a jogügylet akaratnak azzal összevágó nyilvánítása. Savigny odáig ment, hogy, ha én tévedtem, a másik meg nem, akkor, ha jóhiszemű, ő is hivatkozhatik a tévedésre. Ez az akarat *theoria* semmikép sem áll meg, bár *logicus*. ◀

A 70-es évek második felében támadt az ellenirány, mely a Savigny-elméletét főleg *practicus* szempontokból támadja. Bähr Otto intette az első támadást, kiindulva abból, hogy ha a tévedő már bele is nyugodott tévedésébe, a másik az ügyletet érvénytelenítheti, a mi nyilván helytelen. De az ő elmélete, az u. n. nyilatkozási theoria is végletbe esik. Azt mondja ugyanis, hogy úgy mint a régi római jogban: uti lingua nuncupassit ita ius esto, a jogügyletnél az akarat indifferens, a nyilatkozat a fő. (A későbbi, a *classicus* római jogban már a *voluntatis questio* döntő befolyásra jutott.)

Schwarz szerint meg kell különböztetnünk kétféle ügyletet: forgalmi és nem forgalmi (család és örökjogiak). A nemforgalmiakra a Savigny-féle elv áll, a forgalmiakra nagyban és egészben a nyilvánítási elmélet. De három szükséges, 1. a két fél jóhiszeműsége, ne lehessen nekik hibául felróni; 2. ne legyen a helyzet már re integra, mert míg a másik fél még nem csinált semmit, tehát re integra áll a dolog, a tévedő fél úgy is visszaléphet; 3. a tévedésnek az ügylet lényeges pontjára kell vonatkoznia. Csakhogy mi az ügylet lényeges pontja? Régebben ennek tekintették a személyt a kivel, a dolgot, a melyre nézve, és az üzleti formát, a melyben az ügyletet kötöttem (Error in persona in obiecto in negotio). Ez egyrészt sok, gyakran kevés, néha az időpont fontosabb mint a személy, sőt még mint a dolog is. Pl. mindegy budai vagy burgundi bort hoz, de ma kell hoznia, míg vendégeim vannak. Másrészt meg gyakran a félnek fontos a személy, de a jog ezt mégsem veszi tekintetbe pl. a cseh lisztet vesz magyar embertől, mert nem tudja, hogy az; később már nem hivatkozhatik tévedésére, mert bár személyben tévedett, de tévedése még sem lényeges. Hogy mi tekinthető lényegesnek, arra általános szabályt nem lehet felállítani, itt megint előtérbe lép a *bonus paterfamilias iudiciuma*.

(Vécsey a tévedést az indoknál tárgyalja 192. oldal. Kajuch velünk összhangzólag 115–117.)

29. §. A jogügylet indokai.

Indoka minden jogügyletnek van, de a jog nem kutatja ezt az indokot, kiindulva az elvből, hogy de internis non iudicat praetor. Az indok tehát nem tartozik a jogügylet tényállásához, és

ez a bebizonyíthatóság szempontjából helyesen is van így. Kivételesen vannak esetek, amikor az indok is tekintetbe jön. Pl. a megjutalmazás céljából történő u. n. remuneratorikus ajándékozásra más szabályok állanak, mint a rendes ajándékozásra. Ez pl. visszavonhatatlan még hálátlanság esetén is, történhetik *supra modum* stb.

Általában csak 3 eset az, amelyben az indok relevánssá válik. Ez a három eset: az indokban való tévedés, a csalás és a megfélemlítés.

1. *Az indokban való tévedés* esetén a megkötött jogügyletnél akartam tenni a megtett nyilatkozatot, a joghatást is akartam, de csak azért akartam, mert azt hittem, hogy valamely ténykörülmény így vagy úgy van, volt vagy lesz, holott valóságban nem így volt, van vagy lesz. Tévesen feltett ténykörülmények indítanak engem egy bizonyos jogügylet megkötésére. Ezt az indokban való tévedést a jog rendszerint nem veszi tekintetbe, csak egyes kivételes esetekben, így a nem forgalmi és különösen a halál esetére szóló jogügyleteknél. Ezeknél az ügyletet pl. a hagyományt meg lehet támadni az indokban való tévedés czimén, de forgalmi jogügyleteket ez alapon nem lehet megdönteni. Ha az ügyletet kötő fél mégis relevánssá akarja tenni az indokot, akkor azt bele kell venni a tényállásba, mint feltételt. (A németek ezt *Voraussetzung*-nak hívják). Pl. én ezt az ügyletet megkötöm, de csak ebből az indokból, és csak annyiban, a mennyiben ez az indok áll. Ezt a fél többé kevésbé világosan mondhatja, néha nem is mondja, de világos lesz egyéb kísérő körülményből. Ha az indok így a felek által az ügylet feltételeként van feltéve, akkor mindig tekintetbe jó. Adott esetben nehéz megállapítani, vajjon indokban való tévedés, vagy akarat és nyilatkozat közti eltéréssel van-e dolgunk. Ezek különösen az *error in substantia* (a dolog tulajdonságában való tévedés) és az *error in qualitate* (az ember tulajdonságában való tévedés) esetei. Pl. megveszem a kanalakat, melyekről azt hittem, hogy ezüst; de ezt így is fel lehet állítani: megveszem a kanalakat, mert azt hittem, hogy ezüst.

2. A második esete annak, hogy a jog az indokot figyelembe veszi: a *megfélemlítés*. A rómaiak *vis ac metus*-ról szólnak, de ezek az elnevezések nem fejezik ki a lényegeset. *Metus* = félelem, már pedig az én félelmem még nem elegendő. A megfélemlítés és kényszer (*vis*) szintén nem megfelelők, mert ezek csak a másik személy szempontjából forognak fenn, de nem fejezik ki az én állapotomat. És kényszer testi behatást is jelent, erről pedig itt nincs szó, az *vis absoluta*, holott itt *vis compulsivá*-ról (fenyegetésről) van szó. A legjobbb a kettőt vagy összekapcsolni: *vis ac metus*, vagy magyarul megfélemedésnek hívni, ebben benne van, hogy engem megfélemlítettek és benne van az is, hogy félttem (Vécsey kényszernek 191. old., Kajuch fenyegetésnek hívja 108. old.) Ennek tényállása az,

hogy kötök egy ügyletet tisztán azon indokból, hogy megkerüljek valamely bajt, a melyet nekem különben kilátásba helyeztek (a melylyel fenyegettek.) A testi kényszernél (*vis absoluta*) már a nyilatkozati cselekmény sem az én cselekményem, itt azonban a fenyegetésnél (*vis compulsiva*), nemcsak a cselekmény az én cselekményem, hanem az akarás is az én akarásom, a mit a rómaiak persze más szempontból úgy fejeztek ki: *quamvis coactus sed volui*. De meg kell különböztetni a megfélemedést a pusztá félelemtől. (A scholasticusok a *metus reverentialistól* különböztetik meg, a hová a források említette *sermo maritalist* is sorozzák).

A megfélemlítésnek, a fenyegetésnek azon személy részéről kell fenforognia, a kivel az ügyletet kötöttem. Kell, hogy a fenyegetés, a félemlítés obiective igazolt félelmet okozott legyen, bármely átlagos bátorságú ember is félt volna. Olyan bajt kellett kilátásba helyeznie a fenyegetésnek, a mely valamely fontosabb érdekemet veszélyeztette: életemet, testi épségemet, szabadságomat, vagy hozzáam tartozóim életét stb. Ezeket említik a források, de sehol sem tesznek említést mint félemlítést előidéző okról erősebb vagyoni kártétel fenyegetéséről, sőt a jó hír veszélyeztetését sem tekintik félelmi oknak. A modern juristák szerint az ezzel való fenyegetés is elegendő. A fenyegetésnek harmadszor jogosulatlannak kell lennie. Ha a hitelező adósát executióval fenyegeti, és az adós ennek hatása alatt fizet, nem támadhatja meg a fizetési jogügyletet (*solutiot*) azou a czímen, hogy megfélemedésből tette. Negyedszer kell, hogy az ügylet, a melyet én a megfélemedés következtében kötöttem, rám nézve káros hatású lett legyen. Már ebből a szempontból sem volna a fenti példában a fizetés invalidálható.

Ha ilyen megfélemlítés, mely mind a négy követelménynek megfelel, forog fenn, akkor az ilyen indokból kötött jogügylet vagy semmis vagy megtámadható. Semmis, ha halál esetére szóló ügylet. megtámadható minden *inter vivos negotium*. A megfélemlített megtámadhatja. Eszközei erre a következők: 1. Valahányszor a kényszerítő fél vagy annak rossz hiszemű jogutódja, vagy ha nem is rosszhiszemű, de az ügyletből gazdagodott jogutódja az ügylet alapján követelést támaszt, a megfélemedett *exceptio quod metus causal* élhet. 2. De ő maga támadólag is felléphet. Még pedig. ha *bonae fidei* szerződés volt az ügylet, megtámadhatja a szerződési keresettel: *actio emptivel*, *venditivel*, stb. sőt nemcsak a dolgot, hanem még az interessét is követelheti. Ha nem *bonae fidei contractus*, hanem *pl. stricti iuris* volt, *pl. stipulatio*, *mutuum*, vagy egyáltalában nem kötelmi szerződés, hanem *pl. dologi jogi* ügylet volt a kényszer tárgya, akkor külön keresettel kell megtámadnia, *delict* keresettel: *actio quod metus causal*. Ez az *actio* a négy-szeresre megy, indítható a kényszerítő és bármely rosszhiszemű, illetve az üzletből gazdagodott *successora* ellen, holott a szerződési kereset csak az kényszerítő és annak *universalis successora* ellen.

Delict kereset lévén, kötelmi kereset, tehát *actio in personam*, de mégis mindenki ellen megindítható, azért neve *actio in personam in rem scripta* 3. Harmadik megtámadási eszköze a megfélemedettnek az *in integrum restitutio*, a mely a justinianusi jogban már nem kegyelmi tény, nem adatott mint régebben esetről-esetre, hanem meg van adva mindenkinek, a kire a praetori edictumban leírt tényállás talál.

3. Az indok relevans voltának harmadik este: a *dolus*, *csalás* (helyesebb volna megcsalatsárról szólni). A csalás szándékos megfélemezés vagy tévedésben tartása a félnek oly célból, hogy egy rá nézve káros ügyletet megkössön. Ha tényleg csak ezért kötöttem az ügyletet, akkor megtámadhatom az ügyletet.

a) Mint alperes, ha a csaló vagy jogutódja, ki arról tudott, vagy az ügyletből gazdagodott, beperelne, élhetek az *exceptio doli specialissal*. (*Exceptio doli generalis* minden kifogás.)

b) Mint felperes élhetek a szerződési keresettel, még pedig a szerint a mint a *dolus causam dans* (t. i. a dolus az egész ügylet szülő oka, dolus nélkül az ügyletet egy általában nem kötöttem volna) vagy csak *dolus incidens* (t. i. az ügylet egyik-másik részében járulékos, dolus nélkül nem így kötöttem volna), az egész ügylet vagy csak egy része ellen és kérhetem a megfelelő interessel. Ha nem *bonae fidei contractus* kötöttünk, akkor *delict* keresetem van: az *actio doli*.

c) Az *in integrum restitutio*.

L az indokra a mienkkel nagyrészt megegyezően, de különösen az institúciókra való tekintettel Kajuch 106—109 és Vécsey 191—192.

30. §. A jogügylet tartalma.

A jogügylet tartalma: cselekvényeim, különösen akaratnyilvánításom, ennek viszont tartalmát azok a joghatások képezik, a melyeket akarok. Ezek a joghatások lehetnek vagy *essentialia*, vagy *accidentalialia negotii*. Lényeges, essentialis alkatrészei a jogügyletnek azok a joghatások, a melyeket akarnom kell, ha ezt a bizonyos jogügyletet akarom megkötni. A többi joghatások, a melyeket akarahatok is, nem is, és ha akarom őket, külön ki kell tennem, az *accidentalialia*, az esetleges (és nem mellékes) joghatások. E kettőhöz mint a jogügylet tartalmát még egy harmadik fajta joghatást is szoktak venni: a *naturalia negotiit*. Ezek azonban nem a jogügylet tartalmának részei, mert ezek csak akkor lépnek életbe, ha a felek másképp nem rendelkeztek, tehát subsidialiter vannak felállítva.

A jogrend rendszerint megadja a felek akarta joghatást, *contractus contrahentibus legem ponit*, de megkívánja, hogy az ügylet tartama ne legyen se physikailag, se jogilag lehetetlen, és ne legyen tilos, még pedig sem a jog, sem az erkölcs részéről. Az ezen követelményeknek meg nem felelő jogügyletek vagy létre

sem jötteknek tekintendők, tehát semmisek, vagy egyelőre meglesz a maguk hatása, de a jogrend megengedi egyeseknek, hogy később a jogügyletnek hatásait megszüntessék, tehát megtámadhatók. A semmis jogügylet érvénytelenségét a bíró bármiképen jutott is az tudomására, tekintetbe kell, hogy vegye, holott a megtámadhatókét csak akkor, ha a jogosult fél rá hivatkozott. (Ennek practicus fontossága az, hogy semmis jogügyletnél a bíróság előtt meg nem jelenés esetén nem kapok makacssági ítéletet, holott a megtámadható jogügyletnél igen. A római per nyelven szólva a semmis jogügylet alapján álló követelést a bíró visszautasítja, még ha alperes in iure nem is emelt exceptio, holott a megtámadható jogügyleten alapulót csak exceptio emelése esetén). Semmiség és megtámadhatóság az a két forma, melylyel az objectiv jog a jogügyletrel célzott hatást megtagadja. A felek azonban nem nyugszanak bele abba, hogy a joghatás elő nem idézhető, és azért keresnek kerülő ügyleteket. *Kerülő ügyletről* tehát akkor van szó, ha a felek „A” ügylettel céljukat nem tudván elérni, „B” ügyletet kötnek (ez a kerülő ügylet), a mely szintén céljukhoz visz. Ha azonban a jog nemcsak az „A” ügyletet tiltja, hanem az azzal elérhető cél is tiltani akarja, akkor, és csak is ekkor, a kerülő ügylet törvényt kijátszó ú. n. *in fraudem legis* ügylet. De a kerülő ügylet lehet megengedett is. A jogfejlődés tanúsítja, hogy régebben valamely cél és az arra vezető ügylet tilos volt (vagy ismeretlen), később a cél megengedettnek tartják ugyan (vagy megismerik), de conservativ államokban pl. Rómában, Angliában cessante rationis iuris non cessante et ipsa lege, az ahhoz vezető jogügyleti forma még tovább is tilos marad. Ez esetben csupa kerülő ügylet keletkezett; létező jogügyleti formákat oly célokra használtak, a melyekre eredetileg nem voltak szánva. Ilyenek a *dicis gratia* vagy *imaginarius ügyletek* pl. a venditio imaginaria, melynek formájában a tulajdonátruházás (mancipatio), az emancipatio, a testamentum per aes et libram ment végbe.

Itt említhetők a fiduciarius ügyletek is. Az objectiv jogban ismeretlen hatás elérése céljából a felek sokkal nagyobb joghatású ügyletet kötnek (pl. mancipatit, tulajdonátruházást), de egymás becsületében bízván tényleg csekélyebb hatásban egyeznek meg (ez volt a letét, zálog, haszonkölcsön stb. régi formája). Ilyen a manus fiduciaria stb.

L. Kajuch 119. 6. pont.

31. §. Accidentalial negotil. a) Feltétel.

Hogy melyek a jogügylet lényeges alkatrészei, azt csak az egyes jogügyleteknél, tehát a különös részben lehet tárgyalni. Az accidentalial-k közül egyesek már az általános részben tárgyalhatók, még pedig a feltétel és az időhatározmány, mert ezek a legtöbb

ügyletnél előfordulhatnak. Mások szintén a különös részben tárgyalandók, még pedig ott, a hol leggyakrabban előfordúlnak pl. a kamat a kölcsönnél (v. a kötelmi jog általános részében, Baron itt az általános részben tárgyalja), a meghagyás v. modus az ajándékozásnál. (Magának az ajándékozásnak elhelyezése is igen vitás. Baron az általános részben, Iustinianus a dologi jogban, a legtöbb pandektista és kézikönyveink is a kötelmi jogban tárgyalják.)

Feltétel (conditio) alatt értjük először a félnek azt a kijelentését, hogy ő a joghatást egy kétes jövődő tényről teszi függővé, és másodszor magát azt a kétes jövődő tényt is. *Feltétel tehát a jogügyletnek azon esetleges határozománya, mely által a felek a jogügylet bizonyos joghatását bizonyos kétes jövődébeli tény be vagy be nem következésétől teszik függővé.* Lényeges ebben először, hogy a joghatást teszik függővé, tehát sem a felek akaratát, sem a jogügyletet magát nem függeszti fel. Az akarat és a feltételes jogügylet tényállása már az ügyletkötéskor teljesen megvan. Lényeges másodszor, hogy a jövődőbéli legyen a tény. Tehát nem feltétel a conditio in praesens vel in praeteritum collata. Harmadszor lényeges, hogy a jövődő tény kétes legyen; tehát nem feltétel az okvetlenül be- vagy be nem álló tény: conditio necessaria et impossibilis (Pl. Ha meghalok stb., ez nem feltétel.) Végül negyedszer lényeges, hogy maguk a felek tegyék függővé a tényről a joghatást, nem a jog. És ezért nem feltétel a conditio iuris pl. a törvény kimondja, hogy a férj a hozományt csak akkor kapja meg, ha a házasságot megköti. És ez nem feltétel még akkor sem, ha a felek pro superfluo külön ki is kötnék.

A feltétel fajtái: 1. *Conditio affirmativa et negativa*, a szerint, a mint a joghatás valamely tény be- vagy be nem következésétől van függővé téve. Ez azonban csak stylaris megkülönböztetés 2. *Potestativa, casualis és mixta conditio* a szerint, a mint a feltétel beállása a féltől függ, vagy mástól, vagy a féltől is, mástól is. Pl. Ha férjhez mégy 1 év alatt; ez mixta conditio. 3. *Conditio resolutive és suspensiva (felbontó és felfüggesztő feltétel)* a szerint, a mint a tény beálltával a joghatás megszűnik, vagy éppen akkor áll be. Tulajdonképpen mind a kettő felfüggesztő feltétel, mert míg a felfüggesztő feltétel a joghatás beálltát függeszti fel, addig a felbontó a joghatás megszüntét. A felbontó feltételnél a feltétel bekövetkeztéig negotium purummal, feltétlen ügylettel van dolgunk, és ezért mindig alperesnek kell bizonyítania, hogy a feltétel már beállt, nem felperesnek, hogy még nem állt be. A felfüggesztőnél eltérők a vélemények. Azok, kik a felfüggesztő feltételt mellékhatározománynak tekintik, mellékügyletnek, mely a főügyletchez a negotium purumhoz járul, ugyanúgy itéli meg, mint a resolutive conditiot, szerintük tehát nem felperesnek kell bizonyítania, hogy feltétel forog fenn és már beállt, hanem alperesnek, hogy még nem állt be. Schwarz szerint azonban, ha felperes keresetére alperes azt állítja, hogy az ügylet

nem feltétlenül jött létre, és hogy a feltétel még be nem állt, akkor voltaképen tagadja felperes keresetét, és így felperesnek kell bizonyítania, hogy a feltétel már beállt.

Vannak feltételek, melyek hatályosan semmiféle ügyletben sem foglalhatnak helyet, vannak viszont ügyletek, melyek feltételt egyáltalán nem tűnnek, és vannak végül ügyletek, a melyek csak bizonyos feltételt tűnnek. Az első csoportba tartozik, tehát semmiféle ügyletben sem szerepelhet a *conditio turpis*, a természetileg lehetetlen, a jogilag tilos, és az erkölcstelen feltétel. Maga a tény esetleg nem erkölcstelen, hanem a megállapodás az, pl. ha a házasságot közvetíted, kapsz 100 frtot. Sem a házasságközvetítés, sem 100 frt kapása nem erkölcstelen, de a kettő együtt mint megállapodás az. Erkölcstelen feltétel esetén az egész jogügylet semmis, azaz a célzott hatást semmi esetben sem hozza meg. Ez alól csak egy kivétel van, t. i. ha a testamentumban van valami juttatás (pl. hagyomány) erkölcstelen feltételtől függővé téve, akkor nem a juttatás érvénytelen, hanem a feltétel tekintetik nem létezőnek: pro non scripto habetur, és a juttatás mint negotium purum áll meg. Ugyancsak pro non scripto habetur a *conditio derisoria*, az örökös neveltségessé tételére kikötött feltétel.

Nem tűnnek feltételt, tehát csak mint negotia pura állhatnak meg az actus legitimi: az emancipatio, adoptio, legitimatio, datio tutoris, acceptilatio, servi optio, ma a házasságkötés, hereditatis aditio, az örökség elfogadása (a hol megkívántatik), a részvényaláírás, váltóelfogadás stb. Ha feltétel alatt köttetik az ügylet, akkor semmis.

Csak bizonyos feltételt tűrő jogügylet pl. a heredis institutio, ez a semel heres semper heres elvnel fogva csak suspensiv feltételt enged meg.

Minden feltételnél van két stadium: a *conditio pendet* (függ) és a *conditio existit* (beállt) stadiuma. Hogy a *conditio existit*-e már, az gyakran értelmezés dolga. Pl. Ha ízlik a bor, megveszem. Hogy mikor áll be a *conditio existit* stadiuma, azaz az a stadium, hogy a bor ízlik, az attól függ, hogy hogyan értem ezt a feltételt. Vajjon úgy-e, hogy tisztán tőlem függ, ízlik-c, vagy sem (potestativa *conditio*), vagy bona fide kell-e megítélnem, ízlik-e vagy sem (*conditio mixta*). Néha, bár a *conditio* nem existit, nem állt be, mégis a hatás olyan lesz, mintha már beállt volna, és fordítva, bár már beállt a hatás, mégis olyan, mintha nem állt volna be. Ez akkor lesz így, ha az érdekelt fél a feltétel be- vagy be nem álltát dolose okozta. pl. valaki 400 frtot hagyományoz kutyája gondozására, ha pedig a kutya megdöglene, ez a 400 frt X-Y-nak jusson, — és most ez az X-Y megüli a kutyát. Kérdés már most, mi a hatása a *conditio pendet* és a *conditio existit*, illetve deficit (biztos, hogy nem áll be) stadiumának. A *conditio* tudvalevőleg bizonyos esemény be vagy be nem álltától teszi függővé a jog-

ügyletnak, ha nem is minden, de mindenesetre főhatásait. Pl. egy katonatiszt egy lovat azon feltétel alatt vesz meg, ha a katonaság bizonyos időn belül mobilisaltatnék. Megveszi, kialakuszza az árát, a lovat át is adatja magának, de ott hagyja az eladónál, minthogy most nincs rá szüksége. Egy szóval, megtörtént a feltételes adásvétel és feltételes traditio. A tiszt a lovat sokáig nem reclamálja, a mely idő közben az eladó a lovat zálogba adja, sőt a ló a záloghitelezőnél meg is ellik. Ezek után tisztünk reclamálja a lovát. Kérdés, megáll-e a zálogjog, és mi lesz a csikóval? Kiadandó-e a csikó a tisztnek, vagy maradjon-e a záloghitelezőnél, vagy megmaradjon-e az eladónak? Ezek és hasonló kérdések merülnek fel, melyek mind arra a kérdésre reducálhatók, hogy mi a hatása a feltételnek a különböző stadiumokban?

1. **A függés stadiuma (conditio pendente).** a) *A felfüggesztő feltétel* alatt kötött ügyletre nézve bizonyos, hogy az ügylet főhatása nincsen meg. Vagyis a mi példánkban a feltétel beálltaig a tiszt a vételár megfizetésére nincs obligálva. Ha az eladó át is adta neki a lovat, de tegyük, hogy a ló nem volt az övé és a tiszt jóhiszeműen feltételelesen megvette, át is vette, sőt 3 évig birtokolta is, *conditio pendente* még sem fogja elbirtokolni, mert nincs *iustus titulus*, ő nem *emtor*. Ha tévedésből, abban a hiszenben, hogy a feltétel már beállt, megfizette a vételárt, akkor visszakövetelheti *condictio sine causaval*. De ha mindjárt *conditio pendente* az ügylet főhatásai nem is állanak be, mégis beállanak bizonyos mellékhatások. Ezeket némelyek előhatásoknak nevezik. De mint már láttuk, ez *contradictio in adiecto*. Ezek nem előhatásai a később beállandó feltételnek, hanem utóhatásai a feltétellel megkötött ügyletnak. Ezeket a *conditio pendente* beálló mellékhatásokat kimeríteni nem lehet. A ki valamely dolgot feltételelesen elidegenített, az köteles a dolgot gondozni. Ha tehát vigyázatlansága folytán a dolog megsilányul, kártérítéssel tartozik. A vevő jogosítva van biztosítékot követelni a beállható kárra nézve. (A mi jogunk megadja ilyenkor a zárlatot.) A feltételes követelés lehet *cessio*, *novatio* tárgya, de szintén csak feltételeesen. Lehet *praeiudicialis* kereset tárgya, átörökökíthető, elzálogosítható és Dernburg szerint adós csődjénél bejelenthető. Ezeket a hatásokat sokan a *személy vagy dolog megkötöttségnek* nevezik.

b) *Felbontó feltétel*nél a függés stadiumában az ügylet feltétlennek tekintendő, csak az van in *pendente*, hogy azok a hatások állandóan megmaradnak-e? De azért itt is lehet a fenti mellékhatásokról szó, csak hogy nem az ügyletből jogosított, hanem a kötelezett fél részéről. Ez itt oly helyzetben van, mint a jogosított fél a felbontó feltételnél, kérhet bizonyos esetekben biztosítékot stb.

2. **A feltétel eldőlésének stadiuma.** A feltétel vagy beáll (*existit*) vagy bizonyos, hogy nem is fog beállani (*deficit*). Mikor a feltétel beállt, azt mondjuk, hogy teljes a tényállás. Hogy tehát felfüg-

gesztő feltétel mellett az összes hatások beálljanak, arra nem elég, hogy az ügylet létrejött A és B között, hanem szükséges, hogy a feltétel is beálljon. A suspensiv feltétellel kötött jogügylet tehát successive létrejövő tényállás. Mikor pedig a *conditio deficit*, akkor bizonyos, hogy a jogügylet egész tényállása nem áll be, ennél fogva a jog főhatásai sem állanak be, a beállott mellékhatások pedig megszűnnek. Ellenkezőleg a resolutiv feltételnél. Ennél *conditione existente* a már beállott főhatások megszűnnek, *conditione deficiente* végleg megmaradnak, és az ügyletből kötelezett félnek oldalán beállott mellékhatások szűnnek meg.

Mi történik már most a feltétel beálltakor azokkal a dispositiókkal, a melyeket a feltétel függése alatt a kötelezett fél tett pl. akár *constitutive*, akár *restutive*, akár *translative* jogokat enged át valakinek (l. a tiszt példáját). A főszabály az, hogy a ki nekem egy dolgot feltételesen elidegenített, az annyiban van kötve, hogy ő a dologról nem disponálhat úgy, hogy ez által én bármiképen is rövidülést szenvedjek. Jobbithatja a dolgot, de nem rongálhatja. Ha ő a feltételesen elidegenített telek számára egy *activ* szolgáltatást szerez, az fennáll, de ha másnak enged a telken szolgáltatást, az nem áll fenn. Ha ő a dolgot eladja, a vevő a tulajdont elveszti, mert ez a vevő mintegy resolutiv feltétellel köti meg az ügyletet, hogy t. i. a hatások csak addig álljanak fenn, a míg a velem kötött elidegenítési ügylet suspensiv feltétele be nem áll.

Sokan (Dernburg, Savigny, Wächter) felállítják az elvet, hogy az így beállt feltételnek visszaható ereje van. Olyan a hatása, mint hogyha az ügylet feltétlenül jött volna létre, a joghatások nem *ex nunc*, a feltétel beálltától fogva, állanak be, hanem *ex tunc*, az ügylet kötésétől fogva. Tehát a mi példánkban a csikó a tiszté. Csakhogy ez az elv sem a római jogban, sem a mai jogban nincs következetesen keresztülvéve. (Ellene Baron, Windscheid). Szabályképen sem az nincs kimondva, hogy a feltétel beálltának visszaható ereje van, sem az, hogy nincs *retroactio*ja. A német polg. tk. álláspontja az, hogy a hatás feltételes ügyletnél a feltétel beálltakor és ettől fogva áll be, mintha tehát az ügylet csak akkor jönne létre. (Ez Schwarz álláspontja is.) Az *ex tunc* hatás, mivel ritkább, kivétel e szabály alól. (A másik iskola szerint ez utóbbi a szabály, az előbbi a kivétel.) Ha tehát az ügyletkötés idején a teljesítés lehetetlen volt, de későbben lehetővé vált, akkor a hatás be fog állni, holott a visszahatást állító iskola szerint nem állna be. A források az előbbi álláspontot foglalják el. Az *actio nata* (az elévülés kezdete) a források szerint a feltétel beálltától számíthat. Az egyedüli kivétel, a mikor a források is a visszaható erőt fogadják el, a cselekvő képesség kérdése. Ha ma cselekvőképes vagyok és feltételes ügyletet kötök, de mikor a feltétel beáll, már nem vagyok cselekvőképes, ez esetben a források szerint a hatások

beállanak, az ügylet érvényes, holott a visszahatást tagadók szerint érvénytelennek kellene lennie.

L. Vécsey 195. oldal, alul 5. sortól 196. old. II-ig. Kajuch velünk összhangzólag 109—111-ig.

32. §. b) Időhatározmány.

Az időhatározmány (dies) szintén esetleges jogügyleti határozmánya a feleknek, a mely által az ügylet főhatásainak kezdetét vagy végét a jövőre kitolják. A feltétel sem egyéb tulajdonképen, mint időhatározmány. A különbség csak az, hogy míg a feltétel bizonytalan, kétes időpont, nem tudjuk, hogy az esemény be fog-e állni, addig az időhatározmány esetén biztos, hogy az esemény be fog állni. A jövőendő események tehát kétfélék: *dies certus an* és *dies incertus an*. Előbbi időhatározmány, utóbbi feltétel. A *dies certus an* megint kétféle lehet. Tudom, hogy az esemény be fog következni, de nem tudom, hogy mikor: *dies certus an, incertus quando*, pl. a halál, vagy tudom azt is, hogy mikor fog bekövetkezni: *dies certus an, certus quando*, pl. 1899. jan. 1-én.

A feltétel és időhatározmány szabályai ezek szerint azonosak. A mint van felfüggesztő és felbontó feltétel, úgy van felfüggesztő és felbontó, kezdő és végző dies is. (*dies a q̄to és dies ad q̄t̄m*). Ha azt mondom, hogy 99 jan. 1-én fizetek, ez felfüggesztő dies, ha pedig a lakást 99 junius 1-ig bérlem ki, az resolutiv dies. A felfüggesztő időhatározmány esetén ép úgy, mint a feltételnél, felperes tartozik bebizonyítani az ügylet purum voltát, nem alperes a feltételes voltát. Viszont a felbontó időhatározmány és feltétel tulajdonképen két ügylet lévén, alperes tartozik a felbontó feltétel és dies kikötését bizonyítani, és természetesen azt is, hogy a dies illetve a conditio már be is állt. A mint nem minden ügylet tűr feltételt, bizonyos ügyletek csak bizonyos feltételeket tűrnek és végül bizonyos feltételeket semmiféle ügylet sem tűr meg, úgy a diesnél is így van ez. Nem minden ügylettűr időhatározmányt pl. az adoptio, a legitimatio, a mancipatio, ma a házasságkötés, az örökség elfogadása és repudeálása. A testamentum csak bizonyos feltételt tűr meg, időhatározmányt semmifélet. De itt is áll a feltételnél említett favor testamenti, az időhatározmányt pro nihilo veszik, mintha ott se állna. Már időhatározmányokról, melyek sehol sem állhatnak meg, erkölcstelen diesről a doctrina ugyan sehol sem beszél, de Schwarz szerint vannak ilyenek is. Pl. Egy pesti végrendelező úgy intézkedett, hogy hagyatékát 100 meg 100 éven keresztül tőkésítsék, míg bizonyos iszonyú összeggé nem nő fel, és akkor az egész az emberiség nyomorának enyhítésére fordítandó. Ez erkölcstelen feltétel, a vagyonnak lekötése ily időre nem lehet a jog czélja, ez az emberi omnipotentia hirdetése volna. Ép ez oknál fogva a substitutio sincs egy bizonyos fokon túl megengedve. Vala-

mint a feltétel az ügylet bizonyos hatásait kitolja, úgy az időhatározmány is. Erre vonatkozik a források terminusa: dies obligationis cedit, majd venit. A feltételes obligatio már beállt, de a fizetés kötelezettsége csak die veniente áll be: obligatio praesens dilata in diem solutio. A mint a feltételnél vannak mellékhatások, úgy itt is. Ha a függőség stádiumában az adós fizet, akkor az előzetes fizetés, de mégis fizetés. Az persze más kérdés, vajjon a hitelező kötelezve van-e ezt a fizetést elfogadni. Rendszerint a praesumptio az, hogy a fizetés idejének kikötése az adós érdekében történik, tehát az adós előbb is fizethet. De vannak ez alól kivételek is. Végül valamint a feltétel beálltával, úgy a tempus beálltával is megszűnik minden jog, mely időközben keletkezett.

L. Kajuch 111–112. Vécsey 97.

Megjegyzés: A modus (meghagyást) a tankönyvek itt tárgyalják, de helytelenül. A modus ugyan szintén esetleges határozmány, de olyan van sok pl. a kamatmegállapodás, a pactum retroemendi, vendendi stb. Még csak azok az esetleges határozmányok sem tárgyalandók itt, a melyek minden ügyletnél előfordulhatnak pl. egy harmadiknak arbitriumában való megállapodás, a mit Vangerow szintén itt tárgyal. Mindezekkel szemben a feltétel, a dies nemcsak oly határozmányok, a melyek a különben kész jogügyletthez járulnak hozzá, hanem oly határozmányok, melyek az ügyletnek a hatásait kezdetől fogva afficiálják. Ha valakinek meghagyással ajándékozik valamit, ez a meghagyás a főügylet joghatásait az ajándékozást nem éri, az ajándék az kész, csak hozzájárul az a mellékmegállapodás, hogy én téged kötelezlek, hogy az ajándék egy részét erre vagy arra fordítsd. Ellenben a feltételes ajándékozás nem ajándékozás feltétel, hanem egészen más, mint a rendes ajándékozás. A modus nem itt, hanem az ajándékozásnál tárgyalandó, épúgy mint a pactum retrovendendi az adásvételnél stb.

33. §. A képviselet.

A képviseletnek a magánjogban csakis a jogügyletnél van helye. Egyéb cselekményeknél vagy egyéb tényeknél nem lehet róla szó. Én jogilag másnak a nevében nem lophatok. Másnak felbujtására igen, (a felbujtás nem egyéb, mint a büntető jogi megbízás), de nem nevében. Ép úgy nem lehet szó képviseletről a neutralis cselekményeknél. Ezeknél a joghatás beáll tekintet nélkül arra, akarják-e ezt a felek vagy sem, holott a képviseletnél én cselekszem azzal az akarattal, hogy ez a joghatás a képviseltnak személyében beálljon.

Mielőtt a képviselet fogalmát megállapítanók, ki kell zárni egyes cselekményeket, melyek nem a képviselet esetei, bár ezeknél a cselekmény hatását harmadik személy érzi. Ezek:

1. *a reflex hatás esete.* Azzal, hogy a háziúr a lépcsőket kivilágítja, én megtakarítom az előszoba világítását. A háziúrnak a gáztársulattal kötött ügyletét én élvezem ugyan, de azért a háziúr nem képviselőm, mert nem azért kötötte az ügyletet, hogy én élvezzek. A jogügylet kihatása más személyre ilyenkor az ügyletnek reflex hatása.

2. Az ügyletkötő fél gyakran akar valakinek élvezetet biztosítani az ügylettel, de azért mégsem akar képviselőjeként szerepelni, nem akarja, hogy jogot szerezzon neki. A gyáros szerződést köt az orvossal, hogy ő a munkásokat köteles legyen gyógyítani. A gyáros azt akarja, hogy a munkások élvezzék a hatást, de nem akarja hogy a munkások jogosítva legyenek, az orvos perelésére.

3. Lehetséges az is, hogy az ügyletkötő fél azt is akarja, hogy rajta kívül egy harmadik személy nemcsak ténylegesen élvezze az ügylet hatásait, hanem még azt is, hogy jogilag is élvezze, perelhessen, és azért még sincs képviseletről szó. Ez a *harmadik személy javára szóló szerződés*. Pl. Én biztosítom magamat a gyermekem részére.

Mindez nem képviselet. Mert a képviselet esetében A. B-vel oly nyilvánított akarattal köti a szerződést, hogy az ezen ügyletből eredő jogi hatások *kizárólagosan* a harmadiknak, C-nek személyében álljanak be. A. a C. érdekében működik közre. De A. C-nek érdekében ismét sokféle módon működhetik közre, a nélkül, hogy képviseletről szólnánk. A. lehet C-nek a *tényleges segédje*. Az ügyletet köti B-vel, de ezen ügylet mellett C. felhasználja ezt az A-t arra, hogy az ő ténykedése körül kisebb-nagyobb minőségben segítségére legyen, pl. alkalmalmazza a szerződés leírására. A. végzi a cselekmény egy részét, a cselekményhez hozzájárul. Ha A-t mint tolmácsot alkalmazom, akkor szintén ténylegesen segédkezik a nélkül, hogy azt lehetne mondani, hogy a tényállás egy részét végezi. Más példa az üzenetvivő, mikor a segéd inter absentes működik. Itt C. és B. közt történik a szerződés, a harmadik csak ténylegesen működik közre. Néha az üzenetvivő igen közel állhat a képviselethez. Itt általában fokozatok vannak. Ha irok B.-nek egy ajánlatot és ő azt elfogadja, akkor a pósta, a hordár csak factice működik közre, az akaratnyilvánítási cselekményt C. és B. végzi. Mikor sürgönyözöm az ajánlatot és ön sürgönyileg elfogadja, ekkor a táviró nemcsak átadja az akaratnyilvánítást, hanem át is írja. Ugyanilyen az eset, ha a hordárral szóbelileg küldöm az ajánlatot. De ez mégis egy fokkal több a távirdánál, mert ez már inter praesentes teszi nyilvánvalóvá az akaratot. A következő fok, ha az üzenetvivő a saját szavaival mondja el az én ajánlatomat. Ez már nemcsak továbbította (pósta), nemcsak maga tette észlelhetővé (távirda, szóüzenetet vivő hordár) az akaratnyilvánítást, melyet vele közöltem, hanem maga teremtette. De még ez utóbbi esetben sincs szó képviseletről, hanem még mindig tényleges segédkezésről.

Másodszor közreműködhetik valaki az én érdekemben mint *jogi segéd*. Azaz ő nemcsak elviszi az üzenetet, melyet vele közöltem, hanem ő maga teremt akaratnyilatkozatot, közreműködik a saját akaratnyilatkozatával az én ügyletemben, csak hogy nem helyettem, hanem mellettem. Azaz mind a ketten jogi munkát végzünk. Ilyen

a tutor, a ki a gyermek ügyleténél a maga auctoritását interponálja, ilyen a házasságkötésnél a polgári tisztviselő.

A harmadik esete annak, hogy valaki egy másíknak érdekében működik közre, és mégsem képviselő: a rosszúl úgy nevezett *szükségszerű képviselő*. A mit a paterfamilias hatalma alatt levő szerez, azt a paterfamiliasnak szerzi. Ő azért nem képviselő, mert a hatás a képviselt személyében nem azért áll elő, mert ő akarja, hanem *necessitate iuris*, akár akarja, akár nem.

A mi a képviseletet képviseletté teszi, abban áll, hogy valaki egy másíknak érdekében jár el akkor, mikor saját maga köti az ügyletet. A képviseletnél a képviseltre a hatás nem szükségképen áll elő, hanem előáll a képviselő akarataból. *Képviseletről akkor beszélünk, a mikor A. köt jogügyletet B-vel, de ázzal az akarattal, hogy az ezen jogügyletből előálló hatás C-t illesse, ne őt.*

A képviselet nemcsak az eddig említett esetektől különbözik, hanem különbözik az ú. n. *titkos képviseletről, a bizománytól* is. A köt szerződést B-vel úgy, hogy a hatás az ő személyében álljon elő, de ázzal a hátsó gondolattal, hogy külön ügylettel a hatást át fogja vinni C-re. A. köti az ügyletet másnak az érdekében, de a saját nevében.

Végül nem képviselet az sem, a mit római jogi képviseletnek neveznek az újabbak: az *institor és quasi institor*. Az előbbi az üzletmeghatalmazott, az utóbbi akármilyen meghatalmazott, a ki meghatalmazója érdekében jár el, és ezt a vele szerződő féllel szemben nem is titkolja. De abból az ügyletből, melyet ő köt, közvetlenül jogosítva és kötelezve ő maga lesz, és csak mellette és rajta kívül a dominus negotii, a meghatalmazó is. Az eladó tehát az institort actio venditivel, a dominust actio institoria venditivel perelheti, persze csak vagylagosan.

A képviseletnek az a meghatározása, az a tényállás, melyet mi felállítottunk, nincs általában elfogadva. A jogi logikával összeegyeztethetetlennek tartják, hogy A cselekvésének hatása C személyében álljon elő. Szerintük ez az oknak és okozatnak olyan széjjelválása, mely a logikával nem fér össze. Csakhogy a jog terén nem a természetes causalitusról van szó. A joghatásnak, mint okozatnak egyedüli oka az állam parancsa. Ha az állam azt parancsolja, hogy C fizessen, ha B A-t kötelezi, akkor ez így lesz. Arról lehet a jogban beszélni, hogy valamely rendelkezés okos, célszerű-e, de arról nem, hogy a természetes causalitásnak megfelelő-e vagy sem. Hogy pedig a képviselet célszerű, azt nem tagadja senki, mert valaki akár jogilag, akár tényleg abban a helyzetben lehet, hogy az ügyletet meg nem kötheti, s ilyenkor nincs más segítség, mint a képviselet. Az anyagi igazság megsértéséről sem lehet ez esetben szó, mert hiszen a felek akarták így a hatást. Mindazonáltal számos theoria van a képviseletről:

1. *Savigny* szerint a képviselet esetében maga a képviselt

C. viszi véghez a jogügyletet, csak hogy ő A. által, mint tényleges segéd által cselekszik. A. nem egyéb, mint C-nek az üzenetvivője, ~~Boté~~-ja. Ebben annyi igaz, hogy sok esetben nehéz megkülönböztetni, képviselővel vagy üzenetvivővel van-e dolgunk. Pl. szorosan előírom A-nak a feltételeket, ő B-vel alkudozik, és végre feltételeim értelmében köti meg a szerződést. A. itt képviselő, akarta az ügyletet, bár igaz, hogy mást nem akarhatott. Ha kis fiút küldök a szabóhoz, hogy előleges megállapodás szerint igent vagy nemet mondjon: ez már csak üzenetvivő. Bizonyos azonban, hogy vannak esetek, mikor a különbség egészen kétségtelen, és mikor a képviselőről nem lehet azt mondani, hogy ő C-nek csak az üzenetvivője. Ilyen az eset, mikor a képviselő cselekvőképtelen személyt képvisel. Ez már nem üzenetvivő, hanem képviselő, mert különben, a mint az a Savigny teoriájából foly, a cselekvőképtelen jogképes sem lehetne, jogképessége illuzóriussá válna.

2. *Thöl, Mitteis, Dernburg* azt mondják, hogy a képviselet esetében mind a ketten cselekszenek: a képviselt is, a képviselő is, még pedig a szerint, a milyen az eset, más-más terjedelemben, attól az esettől kezdve, mikor a képviselt megszabja a képviselőnek, hogy mit kell akarnia, addig az esetig, mikor a képviselő maga csinálja az egészet. Szerintük a képviselt kijelenti a maga generalis akaratát a harmadik személylyel szemben. Ő B-nek azt jelenti ki, hogy a mit a képviselő akarni fog, azt akarom én is. Ennyiben akar és ennyiben nyilvánítja az akaratát a képviselt. A képviselő pedig a képviseltnek mintegy a speczialis akaratját csinálja (*bildet den Willen*). Így beszél *Thöl Hauptvertrag* és *Grundvertrag*ról. De hát mit szól *Thöl* a cselekvőképtelen képviseletében?

3. *Puchta, Bähr Ottó* szerint a szerződést, voltaképen A., a képviselő, köti meg B-vel, és ebből a szerződésből a hatás is A személyében áll elő, csak hogy A. uno ictu fictiv cessio, illetve fictiv adósságátvállalás útján átruházza a hatást C-re. De hogy cessio létrejöhessen A és C közt, C-nek cselekvőképesnek kell lennie, tehát cselekvőképtelennek ezek szerint sem lehetne képviselője. Az pedig, hogy fictiv a cessio, szóbeszéd és nem jelent semmit.

A *repraesentationális*, a képviseleti elmélet a helyes. A. köti a szerződést B-vel, és bár C. nem csinál semmit, a hatás mégis őt illeti. És így az ügyleti cselekménynek tényállása a képviselő személyében valósulván meg, annak előfeltételei is a képviselő személye szerint bíraltatnak el. Ha azt kérdezzük, hogy az ügyletet kötő személynek megvolt-e a kellő cselekvőképesége, vagy tudott-e bizonyos körülményeket, tévedésben volt-e vagy sem, ezek a kérdések mind a képviselő személye szerint fognak megbiráltatni. Viszont mikor arról van szó, hogy a hatások beállhatnak-e, akkor a képviselt személyét kell tekintetbe venni. Pl. én megbízom a

barátomat, hogy lovat vegyen számomra. A ló átadásakor látom, hogy az sánta. Kérdés: fogom-e én követelhetni a ló visszavételét az actio redhibitoriával? Nem, mert képviselőmnek a ló vételkor látnia kellett, hogy a ló ebben a hibában szenved. Ez az elv azonban, hogy a ténykörülmények a képviselő szerint ítélandók meg, nincs minden kivétel nélkül. Jelesül azt kellene megkivánnunk, hogy a képviselőnek mindig az a specialis cselekvőképessége legyen meg, a melyet az a bizonyos ügylet megkíván. Ha én valakit megbízok azzal, hogy helyettem váltót írjon alá, akkor szükséges volna, hogy ő teljesen váltóképes legyen. A római jog nem megy ilyen messze. A római jog a cselekvőképesség tekintetében csak annyit kíván meg, hogy a képviselőnek tekintetbe vehető akarata legyen, azaz minden 7 éven felüli ember lehet képviselő. Csak a legáltalánosabb cselekvőképességet kívánja meg, de nem az ú. n. különös cselekvőképességet. Tehát 7 éven felüli gyermek a római jog szerint az én nevemben váltót írhat alá, holott nincs váltóképesége. Másik kivétel az elv alól az, hogy bár a képviselő személyében kell néznünk, hogy bizonyos ténykörülményt tudott-e vagy sem, mégis, ha a képviselő azt a körülményt, melyet tudnia kellett volna, nem is tudta, de tudta a képviselt, akkor ez utóbbi nem fog hivatkozhatni arra, hogy képviselője azt a ténykörülményt nem tudta. Hasonlóan vagyunk a tévedés minden esetével. Tehát, ha bizonyos ténykörülmény tudásáról vagy nem tudásáról van szó, ilyenkor, ha a képviselő részén hiány forog fenn, elég az is, ha ez a hiány a képviselt részén van pótolva. Pl. ha a vett dolog hibáját a képviselő nem vette észre és azt nem is kellett észrevennie, de a képviselt e hibát ismerte, akkor már nem támadhatja meg az ügyletet. Vagy, ha a képviselő téved, de tévedése megegyezik a képviselt akaratával, akkor az ügylet megáll. További kivétel a felállított elv alól pl. a kereskedelmi jog terén az, hogy az ügyletnek kereskedelmi volta nem a képviselő, hanem a képviselt szerint határozódik meg.

Ezek a legfontosabb kivételek a repraesentationális elv alól. Ezek szoktak okul szolgálni ennek a teoriának megtámadására, holott nem egyebek, mint czélszerűségi kivételek a szabály alól.

Azt a képviseletet, melyet így kifejtettünk, a római jog csak kis körben ismeri el. A justinianusi jogban az elv még az, hogy képviselő útján ügyletet nem lehet kötni. Persze a rómaiak kevésbé is szorúltak rá, mert náluk nagy szerepet visz a szükségszerű képviselet. A római paterfamiliasnak gyermeke, rabszolgája szerep. Ez ma nincs így, és már ezért is rá vagyunk szorulva a szabad képviseletre. A római jogban a szabály az, hogy minden szabad ember azon ügylet által, melyet ő köt, csak maga szerezhethet jogot, csak maga vállalhat kötelezettséget. Csak a birtok terén engedtek e szabály alól kivételt. Már a classikus időben is lehetett birtokot szerezni szabad személy által. Megengedték továbbá a képviselővel

való szerzést a birtokszerzés által közvetített tulajdonszerzésnél is, tehát szóval olyan cselekményeket lehetett másnak a nevében végezni, a hol a tényállás egyik eleme a birtokszerzés. Ilyenek az apprehensio, occupatio, traditio, usucapio, és ide vették a specificatiot, bár annak nem eleme a birtokszerzés. Ide vonták továbbá az örökjog terén a bonorum possessiot is, Windscheid szerint pia fraussal a possessio szó mögé bújván, holott ez nem birtok, hanem praetori örökjog. Megengedték továbbá a képviseletet az olyan obligatioknál, melyek a birtok és a tulajdon átruházása folytán keletkeznek, pl. a kölcsönnél, és végül Iustinianus kifejezetten megengedi az ilyen obligatio biztosítására szolgáló zálognál is.

A képviseletre vonatkozó híres hely I. 53. D. de acqu. rerum dominio XLI. I.: Ea quae civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. E helyen a nehézséget a civiliter és naturaliter szó okozta. Savigny a civiliter alatt a formalis ügyleteket, az actus legitimit értette, míg naturaliter jelentené a nem formaiakat. Ennek a magyarázatnak azonban sok forrás ellentmond, és azért nem talált tetszésre. Windscheid szerint az ellentét itt jogügylet és tény. De más helyekből kiviláglik, hogy csak a fenti esetekben van a képviselet megengedve.

Azon a tételen, hogy a képviselet nincs megengedve, a középkorban a kanonjog sem változtat, csak újabb kivételeket statuál. Csak a XVII-ik század óta ismerik el per regulam a képviseletet. Ezt nem lehet törvényre visszavezetni, ennek gyökere a szokásjog. Ma tehát a szabály a képviselet, és csak kivételek azok az esetek, melyekben a képviselet ki van zárva, pl. a házasságkötés, az adoptio. (Napoleon még képviselő útján kötött házasságot.)

34. §. A képviselet (folytatás).

Hogy valaki másnak a nevében intézkedhessen, arra kell, hogy legitimálva, felhatalmazva legyen. Ezt a legitimációt vagy a törvény felhatalmazásából, tehát objectiv jogszabálynál fogva nyeri, vagy másodszor hatósági intézkedésből, vagy harmadszor a képviselt meghatalmazásából, illetve utólagos jóváhagyásából.

1. *Törvényes intézkedésen* alapul: az apa, anya képviselheti gyermekét, a ker. törv. szerint a cégvezető a főnököt, a keresk. társaságnak minden egyes tagja a ker. társaságot.

2. *Hatósági intézkedésen* a gyám, a gondnok képviseleti joga.

3. *A képviselt felhatalmazása (iussus)*. Ezt a felhatalmazást stricte meg kell különböztetni a megbizástól, a mandatumtól. A kettő összeeshetik, de meglehet egyik a másik nélkül is. T. i. a megbízás a megbízónak meghagyása a megbizotthoz, tehát merőben intern viszony, mely tényleges cselekményre is vonatkozhatik, nemcsak jogügyletre. Ha a megbizott a megbizást elfogadja, kötelezve van arra, hogy a megbizást teljesítse. Ellenben a meghatalmazás a megbízónak harmadik személy felé irányított, kifelé való kijelentése,

hogy a mit a meghatalmazott tenni fog, annak hatását magára nézve elismeri. Ez tehát extern viszony, és nem jár a meghatalmazottnak kötelezettségével. A felhatalmazás többre szólhat, mint a megbízás, és lehet megbízás felhatalmazás nélkül, pl. mikor tényleges cselekményre adok megbízást. Én valakit megbízhatok, és egyszersmind fel is hatalmazok bizonyos ügyletek vitélére. Lehet, hogy valakit pl. a cégvezetőt csak szűkkörű ügyletek sorára bizok meg, de azért fel van hatalmazva mindazon ügyletekre, melyekre nézve a törvény a legitimitatiót megadja. Persze ha megbízásomon túl, bár felhatalmazása körében kötött ügyletet, akkor kártérítéssel tartozik nekem, de azért az ügylet meg van kötve, engem jogosít vagy kötelez. A belső viszony is lehet tágabb, mint a külső, többet köteles elvégezni, mint a mennyire fel van hatalmazva. Ezt a többet aztán a maga nevében viszi véghez. Sőt lehet megbízás még ügyletekre vonatkozólag is minden meghatalmazás nélkül, ilyen a bizományos, a titkos képviselő esete.

Hogy honnan van az, hogy az extern (felhatalmazás) és az intern viszony (pl. a megbízás) közt ellenmondás lehet, annak magyarázata az, hogy a törvény nem akarja kötelezni a szerződő felet, hogy esetről esetre kutassa, hogy mennyire terjed a képviselő megbízása. E mellett a kényelmességi szempont mellett ennek magyarázatául még a biztonsági szempont is szolgál, a mely miatt tipikus felhatalmazásokat adunk (pl. cégvezető felhatalmazása).

A meghatalmazásnak, mint külső viszonynak megfelelő intern viszony leggyakrabban, de nem mindig, a megbízás. Pl. a cégvezető esetében az intern viszony nem megbízás, hanem munkabérszerződés, a közkereseti társaság tagjai közt contractus societatis. *A meghatalmazás harmadik személyhez vagy személyekhez (nem a meghatalmazotthoz) intézett egyoldalú, mindenkor visszavonható jogügylet*, elfogadásra e harmadik részéről nem szorul, annál kevésbbé a meghatalmazott részéről. Tehát nem ajánlat, hiszen elfogadásra nem szorul. Abban, hogy visszavonható, hasonlít a meghatalmazás a testamentumhoz. A különbség az, hogy a testamentum jogügyletében a teljes tényálláshoz, mely a joghatást szüli, még nem elegendő maga a testamentum, hanem szükséges az illető halála; tehát nem az a lényeges, hogy ő a testamentumot nem vonta vissza, hanem az, hogy meghalt. Nem így a meghatalmazásnál. Itt a joghatás kizárólag ebből a jogügyletből áll elő, csak hogy később visszavonható. Hogy erről a visszavonhatásról le lehet-e előre mondani, az vitás. A helyes nézet az, hogy nem lehet róla lemondani, mert az ilyen örökös lekötöttség erkölcsstelen. A visszavonásnak persze úgy kell megtörténnie, hogy a már is megszerzett jogok meg ne sértsessenek, és a harmadik személyre ez a visszavonás csak akkor létesül, ha ő róla értesül. Épen ez okból a meghatalmazás legszemélyesebb viszony. Azaz, ha a meghatalmazott meghal, a meghatalmazás nem megy át az örökösökre. Más kérdés, hogy ha a meghatalmazó hal meg,

az ő örökösei nincsenek-e kötelezve a meghatalmazás által. A római jog azt tartja, hogy az e tekintetben is a legszemélyesebb viszony: a meghatalmazó halálával a meghatalmazás is megszűnik. A mi keresk. törvényünk és az ügyvédi rendtartás nem így tartja.

Hogy mennyire terjed a meghatalmazás, az ténykérdés. Beszélnek *általános (generalis)*, és *különös (specialis)* meghatalmazásról. Ezek relativ fogalmak. Egy meghatalmazás sem lehet olyan generalis, hogy minden ügyletre feljogosítana. (Ha a generalis felhatalmazás eladásokra, kiegyezésekre is jogosít, akkor *libera administratio rerum*-ot ad.)

A mikor nincsen meghatalmazás, akkor a képviselő csak utólag nyerheti meg a maga erejét a *ratihabitio* által. Ennek hatása teljesen olyan, mintha kezdettől fogva meglett volna a meghatalmazás. *Ratihabitio comparatur mandato*. Mint képviselő tehát én nemcsak meghatalmazás alapján léphetek fel, hanem a nélkül is, és akkor én *negotiorum gestor* vagyok. Ez itt a benső viszony. A míg ez esetben a képviselt a jóváhagyást meg nem adja, vagy meg nem tagadja, addig azt mondjuk, hogy az ügylet pendet, de csak akkor, ha a harmadik személy, a kivel a képviselő az ügyletet kötötte, tudta, hogy a képviselőnek nincs meghatalmazása. Mert ha azt hitte, hogy a képviselőnek van meghatalmazása, holott nem volt, akkor az ügylet érvénytelen. Az előbbi esetben *negotium claudicans* áll elő: ő kötve van, a képviselt pedig a *ratihabitio*ig nincs kötve. Vitás kérdés, vajjon a képviselt *ratihabitio*ja előtt a megkötött ügyletet a képviselő és a harmadik személy, a kivel ez az ügyletet kötötte, visszavonhatják, stornirozhatják-e? Azt kell mondanunk, hogy nem. A képviselő fel van jogosítva ügyletet kötni, de nem megszüntetni. (Erre külön feljogosítás kell). A *ratihabitionak* visszaható ereje van, tehát úgy hat, mintha az ügyletkötésnél már meglett volna a felhatalmazás, és így világos, hogy a képviselő egyoldalúlag az ügylet stornirozásába bele nem mehet.

Ha a meg nem hatalmazott magát meghatalmazottnak és *negotiorum gestornak* adja ki, akkor ő *falsus procurator*. A harmadik ez esetben *actio dolival* követelheti az *interesset*, esetleg az ügyletnek a *falsus procuratorral* szemben való fentartását. Ha a *falsus procurator* nem *dolosusan*, hanem *culposusan* jár el, ő hiszi, hogy van felhatalmazása, holott nincs, ez esetben a vélemények eltérnek. Abba nem lehet bele nyugodni, a mit némelyek mondanak, hogy ilyenkor az ügyletnek semmi hatása se legyen. Csakhogy a harmadik ez esetben hogy kapja meg az esetleges kárát? Az egyik nézet szerint a *falsus procurator* csak *culpa in contrahendo*ért felelős, köteles a negatív *interesset* megtéríteni (köteles mindent megtenni, hogy a kárttevő abba az állapotba jusson, melyben az ügylet megkötése előtt volt). A másik nézet szerint ez kevés, mert ez a harmadik bízott a szerződésben. Lehetséges, hogy ő megkötötte volna az ügyletet mással, és ezért ezen nézet

szerint a *culposus falsus procurator* magát az ügyletet köteles teljesíteni. Ezt fogadta el a mi kereskedelmi törvényünk is.

Vécsey is. Kajuch is velünk összhangzólag, az institúciókra való tekintettel tárgyalják a képviselőt, előbbi 193—194. old. utóbbi 85—86.

35. §. Hiányos, hibás jogügyletek.

Ezeket rendszerint érvénytelen jogügyleteknek szokás nevezni, és felosztják *semmis és megtámadható ügyletekre*. Az érvénytelen elnevezést mellőznünk kell, mert a megtámadható jogügylet nem érvénytelen, az kezdettől fogva érvényes, csak később érvényteleníthető. Jobb tehát hibás vagy hiányos jogügyletekről beszélni, és őket anyagi hatásuk szerint semmis és megtámadható ügyletekre osztani. De nem mindig van szó hibás vagy hiányos jogügyletről, valahányszor oly jogügyleti tényállás van előttünk, melynek jogi hatása még nincsen, vagy már nincsen. A *successiv* tényállású jogügyletnél, ha az egész tényállás még nem létesült, a jogi hatás sincs meg. Ez tehát nem teljes jogügylet, de nem is hiányos a kifejtendő értelemben. Itt nincs meg a joghatás, de nincs meg a felek akaratából, holott a hibás vagy hiányos jogügyletnél az ügyletnek a felek akarata ellenére nincs hatása. Szintén nem hiányos az a jogügylet, melynek már nincsen hatása. Ha a kölcsönt visszafizetem, a kölcsön hatása megszűnt. Erről sem lehet mondani, hogy ez hiányos jogügylet, mert itt a hatás megint a felek akaratából hiányzik. Hiányos jogügyletről tehát akkor van szó, ha az ügylet a maga hatását a felek akarata ellenére a tényállásnak hiányossága folytán nem hozza meg. A felek akarják, hogy a hatás beálljon, de a jogügyletnek oly valami hiánya, hibája van, melynek folytán a hatás be nem áll. Nem mindig hiányzik a hatása, vagy dől meg a hatása az olyan jogügyletnek, a melynek tényállása nem olyan, a milyent a törvény szeretne látni. Vannak esetek, mikor a jogügylet tényállásának van valami hibája, de azért a jogügylet hatása mégis beáll. Ilyen az eset a *lex minus quam perfectánál*.

A hiányos jogügyletnek be nem álló hatása lehet pl. a kereseti jog. Vagyis az ügyletnek megvan a maga anyagi hatása, kivéve a legélesebb hatást, t. i. a belőle származható jogok bíróság nem érvényesíthetők. Másoknak a sanctiója az, hogy anyagilag se áll be a joghatás, vagy legalább is a főjoghatások, még pedig vagy egyáltalában nem állanak be, vagy beállanak, de utóbb ismét megvonhatók. Ebben van a különbség semmisség és megtámadhatóság között. Tehát az anyagi hatásnak hiányossága szempontjából beszélünk semmis vagy megtámadható jogügyletekről.

Semmis jogügylet az olyan hiányos jogügylet, melynek normalis hatása egyáltalában be nem áll: *negotium nullum* vagy *negotium nullius momenti*. Ebből is állhat elő valami hatás, de

a főhatások nem. Így pl. előállhat a kártérítési kötelezettség, és érdekes, hogy ezt az ügyletből származó bonae fidei actioval kell követelni. De lehetséges, hogy az ilyen hiányos jogügyletnek semmi hatása sincsen pl. a nullum testamentumnak. Ha semmis ügylettel van dolgunk, akkor a hatás vagy legalább a főhatások be sem állván, nincs szükség arra, hogy valamely fél az ügylet semmisségét bírói kijelentéssel mondassa ki. A *querela nullitatis*ra nincs szükség. Az újabb perrendek, a mienk is, széles terjedelemben ismerik a megállapító (*praeiudicialis*) keresetet. Ez oly kereset, a melynek célja csak az, hogy a bíró res iudicata erejével ismerje el azt, hogy a valóságban egy jogviszony úgy van-e, a mint azt felperes állítja. Ilyen megállapító keresetet ismerünk a semmis jogügyletnél is. E kereset eredményeképpen azonban a bíró nem parancsot mond ki, nem ad erőt oly igénynek, mely felperest alperessel szemben illetné, ő csak elismeri bírói auctoritásával, hogy a felek közt nem történt semmi. Ilyen értelemben lehet fogamatba venni a *querela nullitatis*-t. Ez tehát nem igénye felperesnek a megsemmisítés iránt.

A házassági semmisségi kereset az irodalomban vitás. A mi házassági törvényünk különbséget tesz semmis és megtámadható házasság közt. Még pedig azt mondja, hogy a semmis házasság, a míg semmisnek nem nyilvánított, teljesen érvényes erejű. Ugyanezt mondja a megtámadhatóra is. A különbség csak az, hogy a semmis házasságnál a semmisségnek bírói kijelentését nemcsak a két házaspár és a legközelebb érdekelt felek kívánhatják, mint a megtámadhatónál, hanem kérheti az ügyész is és még igen széles körű csoportja az embereknek. A másik különbség, hogy ezt hosszabb ideig lehet kérni, mint a megtámadhatónál. Minthogy azonban a semmis házasságnak is beáll a joghatása, és feltéve, hogy senki sem indítja meg a keresetet, mindig meg is marad, ebből következik, hogy a semmis házasság nem semmis, hanem megtámadható ügylet. Hogy 1 vagy 2 vagy 1000 ember van-e jogosítva megtámadni, vagy hogy actio popularis esetén mindenki megtámadhatja az ügyletet, az közömbös, az ügylet azért nem semmis, hanem megtámadható. Valóban semmis házasság tehát nem az, a mit a törvény annak nevez, hanem a *matrimonium non existens*.

Semmis tehát az olyan jogügylet, melynek hatása be sem áll, és melynek hatástalanságát a bíró hivatalból, a nélkül, hogy a felek vagy valaki rá hivatkozna, köteles tekintetbe venni. Ezzel szemben megtámadható (*negotium rescissibile*) az olyan jogügylet, melynek hatása beáll, de a melyre nézve bizonyos embereknek meg van adva az a jog, hogy akaratnyilvánításukkal az ügyletnek a hatását elvegyék. Hogy ennek az akaratnyilvánításnak mi a formája, hogy bírói actusnak kell-e lennie, vagy lehet-e bíróságon kívüli is, hogy ez utóbbinak ismét formainak pl. közjegyző előttinek kell-e lennie, vagy lehet-e teljesen formátlan is, ez mind nem tesz különbséget, valamint az sem, hol kell ezt a nyilatkozatot tenni, és hány ember

van erre jogosítva. Nem megtámadhatóság azonban az, a mit a mi csődtörvényünk annak nevez. A csődtörvény 26—30. §§. azt mondják, hogy a közadosnak bizonyos időn belül kötött bizonyos ügyleteit bizonyos emberek megtámadhatják. Eddig a fogalom quadrál. Csakhogy ha az ilyen megtámadás megtörténik, az ügyletnek nem a hatása vész el, nem az lesz a megtámadás következménye, hogy a hatások megszűnnek, mintha az ügylet megsem kötöttetett volna. A megtámadás csak azt idézi elő, hogy a harmadik személy, a kivel a közados az ügyletet kötötte, köteles a csődtömeget abba a helyzetbe hozni, a melyben az ügylet megkötése nélkül lett volna. Pl. a közados házát X-nek ajándékozza. Ha a tömeggondnok ezt az ügyletet megtámadja, akkor a ház marad tovább is az X-é, csakhogy X. tűrni tartozik, hogy a mennyiben a massa nem volna elegendő, ezt a házat is bevegyék a massába. De ha a csődtömeg olyan jól áll, hogy az egész házra nincs szükség, hanem annak csak egy hányadára, akkor a többi nem kerül a massába, hanem X-nél marad. Ha a vagyonbukott valamely ingó dolgát ruházta át X-re, akkor ez az ingó dolog a megtámadás folytán nem ipso iure lesz a tömegé, hanem X. traditiója folytán, a mire ő természetesen köteles. A csődtörvényi megtámadhatóságnak a hatása tehát az, hogy az ügyleti fél obligálva van mindannak restitálására, a mire a csődhitelezőknek szükségük lesz. Ennek az igazi megtámadhatósághoz semmi köze sincsen. Hiszen itt a hatás nemcsak beáll, hanem végkép meg is marad, csak melléje lép egy obligatio ad restituendum. A csődtörvény szerinti megtámadásról szólunk az actio redhibitorianál is. Ha én önnel adásvételt kötök, és az áru hibás, akkor én megtámadhatom az ügyletet, úgy hogy ön köteles nekem visszaadni a vételárral egyenlő értéket, és én köteles vagyok az árut visszaadni. Tehát gazdaságilag az eredmény az, mintha adásvétel nem is lett volna, de azért nem mondhatni, hogy nem volt adásvétel. Az ilyen, obligatióval történő közvetett parallizálását az ügyletnek is megtámadhatóságnak nevezzük, de egészen más az a megtámadhatóság, melyről a hiányos ügyleteknél van szó.

A megtámadt jogügyletek vagy ex nunc dőlnek meg, azaz az eddigi hatások megmaradnak, csak az ezentúliak nem fognak beállni, vagy megdőlnek ex tunc, azaz az eddigi hatások is meg nem történtenek vétetnek.

Sokak szerint a megtámadhatóság és semmisség között harmadik faj is van. Ez volna a *relativ semmisség*. Némelyek szerint ez az a megtámadhatóság, a melynél a megtámadás ex tunc hat. Mások szerint a relativ semmisség abban különbözik az absolut semmisségtől, hogy míg az absoluta mindenki hivatkozhatik, addig erre csak bizonyos emberek. Windscheid szerint a relative semmis ügylet an und für sich semmis, de a féltől függ, hogy érvényesíteni akarja-e a semmiséget, ellenben a megtámadhatóság nem an und für sich

semmis. Ezekkel szemben Mitteis, bécsi tanár azt állítja, hogy a mit relativ semmisségnek neveznek, az nem más, mint megtámadhatóság. És ez a helyes. Mert hogy egy jogügylet an und für sich, magában véve semmis, annak nincs értelme. A jogügyletnek olyan a hatása, a milyet a jogrend fűz hozzá. Annak tehát sem hatása nincs an und für sich, sem nem semmis an und für sich. A jogrend mondja azt, hogy ennek a jogügyletnek van hatása, ennek nincs. Hogy pedig plane an und für sich nincs hatása, semmis, tényleg azonban a megtámadásig van hatása, annak épen nincs értelme. Wendt is arra az eredményre jut, hogy a relativ semmisség is csak megtámadhatóság, hogy tehát nominis tantum differentia obest. A relativ semmisség csak erősebb foka a megtámadhatóságnak, de ilyen foka van számtalan, így a szerint is, a mint az ügylet egészen vagy részben dől meg stb.

A hiányos jogügyletnek tehát csak két neme van: semmis és megtámadható ügyletek. Mig semmisség csak egyféle van, addig a megtámadhatóság többféle erejű.

Eddig arról volt szó, hogy a jogügyletnek kezdettől fogva van vitiuma. Lehetséges azonban, hogy ez a vitium csak utólag áll elő. Így pl. a helyesen szerkesztett végrendelet után a testáló másikat csinál. Az első végrendelet ezzel semmissé vált. Vagy pl. a végrendelet érvényesen létesült és utóbb szükségképi örökös születik, ki a querela inofficiosi testamenti megindíthatja. Ez esetben a végrendelet megtámadhatóvá lett. Későbbi ténykörülménynek mikor van ilyen hatása, arra általános szabályt nem lehet felállítani. Ez különben is csak kivételes eset, mert a későbbi hiba rendesen nem árt az előbbi jogügyletnek. Csak néhány esetben kívánja azt a jog, hogy ne csak a jogügyletkötésnél legyenek meg a ténykörülmények, hanem később se változzanak meg. Pl. ha sui iuris ember készít rendes végrendeletet, de később alieni iurissi lesz, akkor a végrendelet semmis. Ilyenkor *infirmatió*ról beszélünk.

Ha a jogügylet tényállásában valami hiba van, annak nem szükségképi következménye az, hogy az egész jogügylet megdőljön, lehetséges, hogy csak részleges hatása dől meg. A jogügyletnek teljes hatása nem áll ugyan be, de valamelyes hatása mégis van. Ha a végrendeletben tett szabadonbocsátási actus körül hiba van, akkor az hiányos lévén, semmis, de azért az egész végrendelet nem semmis. Ezzel előáll a kérdés, hogy mennyire hat ki a jogügylet hiányossága a hatásra. Ez egyike a legnehezebb értelmezési kérdéseknek. Elvileg a válasz az, hogy a jogügyletben megkülönböztetünk fő- és mellékhatározmányokat. A főhatározmány az, a mely vagy a felek akaratjából vagy a törvénynek rendelkezése alapján az ügyletnek főalkotó része; ilyenek az essentialia negotii és az accidentalia közül is azok, a melyekre a felek különös súlyt helyeztek, jelesen a feltétel, az időhatározmány. Ha az ilyen főhatározmány elesik, elesik a mellékhatározmány is. A mutuum elestével

elesik a kamatkikötés is, az adásvétellel a különböző *pacta adiecta*. De a mellékhatózomány eleste nem vonja maga után a főhatózományt is. Erre áll a szabály: *utile non debet per inutile vitiari*. Ha az ügyletnek több főhatózománya van, és az egyik elesik, megint értelmezési kérdés, vajjon a felek az egyik hatást akarták-e a másik nélkül, vagy pedig *conditio sine qua non*-ja-e az egyik a másiknak. Erre a törvényekben értelmezési szabályok vannak. Így a testamentumnál a *heredis institutio* elestével elesik az egész végrendelet, de minden más hátozomány eleste nem dönti meg a végrendeletet. Ez alól megint kivétel a 115-ik novella.

A mikor a jogügylet megdől, mindig előáll a kérdés, nem lehet-e más formában megtartani ezt a jogügyletet, melynek a felek által szándékolt formában hatása nincsen. Az eset ez: A felek egy bizonyos tényállást állítottak elő, de ez a tényállás arra a jogügyleti formára, mely szemük előtt lebegett, hiányos. Ha azonban a felek ugyanezt a tényállást perficiálták volna, de az ügyletet másképp nevezték volna, akkor az ügylet megmaradna, és a hatás legalább nagyjában előállna. Pl. Valaki végrendeletet készít, a mely azonban valami alaki, vagy anyagi hibában szenved, tehát érvénytelen. Ha a végrendelező ezt nem végrendeletnek, hanem *codicillus*nak nevezte volna, akkor X megkapná az egész vagyont, a melyet az elhúnyt neki szánt, nem ugyan mint heres, hanem mint *fideicommissarius*. A mikor mi a fél által hiányosan kötött jogügyletet más czim alatt fentartjuk, beszélünk az *ügylet conversiojáról*. Ez nagyon kényes téma, ha pl. elévült váltómat 3 év múlva convertálni akarnám közönséges kötelezvényre. A *conversio* kérdése elvileg teljesen úgy áll, mint a jogszabályok értelmezésénél az analogia. A törvényhozó a jogszabály megteremtésénél egy bizonyos tényállásra gondol, mely neki kedves, vagy nem kedves, és e szerint ezt a tényállást megengedi, vagy tiltja. Nem gondol azonban egy más tényállásra, mely teljesen olyan szempont alá juthatna, mint az általa rendezett. Már most lehet, hogy a helyett, hogy a célzott tiltaná, megtiltja a leggyakrabbi hozzávezető utat, de lehet, hogy ő nem a célzott, hanem csak ezt az egy utat akarta tiltani. Ez aztán értelmezés dolga. Ép így a felek ügyleteivel. Ha a felek előtt a cél, és nem az ügyleti forma volt az irányadó, akkor jogosítva vagyunk az analogia, a *conversio* alkalmazására. Csakhogy a mi példánkban, a váltónál, a feleknek nem az volt a céljuk, hogy az adós köteles legyen fizetni, hanem az, hogy köteles legyen abban a formában fizetni, a mint azt a váltótörvény mondja: 3 évig szigorubban, azontúl sehogysem.

A kezdetben hiányos jogügylet utólag pótolható-e? Ez a *jogügylet orvoslásának, convalescentiájának* kérdése. Erre az általános szabály a *regula Catoniana*: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. A ténykörülmény változása tehát nem teszi érvényessé az ügyletet, de azzá teheti az érvénytelenségben

érdekelt félnek utólagos akaratnyilvánítása, a melyet szintén ~~ratihabitionak~~ neveznek. A kiskorú ügyleteit nem teszi érvényessé az, hogy időközben nagykorúvá vált, de azzá teszi, ha ő maga nagykorúságában jóváhagyja őket. Az ügyletet, melyet csak én támadhatok meg, jóváhagyással feltétlenül érvényessé tehetem, lemondhatok megtámadási jogomról. Már a semmis ügyleteknél, mikor az ügylet mindenkire nézve semmis, az én akaratnyilvánításom nem segít. Az azonban bizonyos, hogy a felek az előbbi semmis ügyletet újból megköthetik még visszaható hatással is, és úgy elérhetik a czélt. Harmadik személyekre azonban az ügyletnek nincs visszaható ereje, és ha a harmadik személy már előbb szerzett a semmis ügylettel ellenkező jogot, ezt az új ügylet nem érinti. Mégis vannak egyes semmis ügyletek, melyeknél az egyik félnek egyoldalú ténykedése folytán a semmisség úgy tekintetik, mintha be sem állt volna. Ilyenek pl. hogy a házastársak közti (semmis) ajándékozás érvényre emelkedik, ha az ajándékozó meghal, a nélkül, hogy az ajándékot visszavonta volna, vagy pl. idegen dolognak elzálogosítása vagy elidegenítése érvényessé válik, ha az elidegenítő vagy elzálogosító később a dolog tulajdonosává lesz.

L. még Kajuch 117—119. old. 5. pontig, Vécsey 199—201-tg.

36. §. Jogellenes magatartás.

A jogi tények közül kiemeltük a jogi cselekményeket és ezeket felosztottuk megengedett és jogellenes cselekményekre. A megengedett cselekmények közül különösen fontosak a jogügyletek. Ezekről szoltunk az eddigiekben. Most áttérünk a jogellenesre, a jogsértésre, mint szintén fontos tényállásra.

Vannak tények, közelebbről: van emberi magatartás, cselekvés vagy nem cselekvés, abbanhagyás, a mely a jog parancsával ellenkezik. A jogellenes magatartás tehát lehet jogellenes tevés vagy jogellenes abbanhagyás. Ha az idegen dolgot ki nem adom, vagy az adósságomat még nem fizetem, az jogellenes abbanhagyás. Jogellenes tevés pl. ha másnak a dolgát rongálom. Nem minden jogellenes magatartás sért idegen subjectiv jogot, de objectiv jogszabályt mindenesetre sért. Jogellenséget követ el a kocsis, a ki lovait kínozza, de nem sérti vele senkinek a subjectiv jogát. Csak embernek a magatartása lehet jogellenes, a természet előidézte állapot sohasem lehet az. A villámcsapás lehet valakire káros, de azért az nem jogellenes magatartás. Érdeket sért, jogos érdeket, sőt megsérti az illetőnek alanyi jogát, de azért ennek a jogsértésnek az oka nem jogellenesség. Jogellenességről csak ember magatartásánál lehet szó, még pedig csak olyan embernél, a kinek a magatartását jogilag beszámítjuk. A római jog és az annak alapján fejlődött pandektajog szerint nem cselekvőkéves embernek magatartásából, sértse is bár másnak az érdekét, sohasem keletkeznek

azok a következmények, melyek a jogellenességgel járnak. Az újabb jogokban ezzel szemben az a tendentia mutatkozik, hogy a jogellenességgel járó következményeket oly esetben is alkalmazzák, mikor be nem számítható ember az oka a jogsértésnek. Nem lényeges eleme a jogellenes magatartásnak az, hogy az illető vétkes legyen, hogy az elkövetőnek azért szemrehányást lehessen tenni. Van tehát *vétkes és vétlen jogellenes magatartás (unbefangenes, schuldloses Unrecht)*. Vétkes az a magatartásom, melyet abban a tudatban tanusítok, hogy jogellenességet követek el vele, vagy legalább olyan, hogy elkövetését szememre lehet vetni. A vétkes magatartások közül ismét a jog kiragad bizonyos csoportot, melyhez különös következményeket fűz, és ezeket *vétségnek, delictumnak* hívja. Hogy elvileg a vétkes jogellenes magatartások közül melyeket kell vétségnek minősíteni, arra választ nem lehet adni. Elvi határ nincs a nem delictuosus vétkes jogellenesség és a delictum közt. A vétségek közül némelyek pusztán magánjogiak, civilisticusak, azaz csak magánjogi következménnyel járnak, mások criminalisticusak is, azaz büntetőjogi sanctio alá is esnek. Valamint nincs elvi határ vétség és más vétkes jogellenesség közt, úgy nincs civilis és criminalis között sem. Ez merő positivium. Az egyik jogrend ezt tekinti vétségnek, a másik azt, az egyik bizonyos vétségeket üldöz büntetőjogilag is, a másik másokat. A positiv törvényhozás dolga eldönteni, hogy az egyes vétkes jogellenességeket milyen erős sanctioval lássa el.

Systematicus megjegyzés: A vétségeket, pl. a lopást, a kötelmi jogban szokás tárgyalni, mert belőlük restitutionális kötelezettség származik. Csak hogy restitutionális kötelezettség egyéb vétkes és vétlen jogellességből is származik, és ezek a kötelezettségek nem qualitative, hanem csak quantitatively különböznek egymástól. Pl. Én jóhiszeműen birtoklom másnak a dolgát (vétlen jogellenesség): restitutionális kötelezettségem a dolgot és annak el nem fogyasztott gyümölcseit visszaadni, de excipiendo követelhetem az impensaimat (költségeimet). Én rosszhiszeműen birtoklom másnak a dolgát (vétkes, de még nem delictuosus jogellenesség): köteles vagyok a dolgot cum omni causa, minden gyümölcscsel együtt visszaadni, és már csak a szükséges impensákat érvényesíthetem. Én nemcsak birtoklom rosszhiszeműleg másnak a dolgát, hanem magam vettem is el tőle (lopás; vétség): köteles vagyok nemcsak a dolgot, hanem annak négyszeresét is megadni. Ha már most a jogellenességnek első két fokát a dologi jogoknál, a tulajdon fejezetében tárgyaljuk, akkor következetesen az odavágó delictumokat is ott kellene tárgyalni, vagy pedig a jóhiszemű és rosszhiszemű birtokos kötelezettségéről is a kötelmi jogban kellene szólnunk.

A vétkes jogellesség akármilyen jogra vonatkozhatik, sőt előfordul ott is, hol subiectiv jog nincs is. Ezért helye az általános részben van.

37. §. Vétkesség.

Vétkességről akkor beszélünk, mikor jogellenességem vagy tudatos, vagy, ha nem is tudatos, de mégis szememre hányható. Tehát van tudatos, és nem tudatos vétkesség. Az első esetben *szándékosságról* (*dolusról*), a másodikban *gondatlanságról* (*culparól*) beszélünk. Szándékos jogellenesség, ha annak tudatában teszem a jogellenességet hogy az jogellenes, még ha magát a jogellenességet nem is szándékoztam s célloztam is. A célom dicsérendő lehet, magatartásom mégis szándékos vétkes jogellenesség lesz, pl. ha én másnak a kutyáját, mert gazdája rosszul bánik vele, szabadonbocsátom. Nem szükséges tehát a szándék, elegendő a tudat, hogy magatartásommal valamely jogszabálylyal ellentétbe helyezem magamat. Ezzel szemben gondatlan akkor a jogtalanság, ha cselekményem elkövetésénél nem tudom, hogy jogszabályt sértek, de tudhattam volna és ez nekem szememre hányható. A *dolus*on és *culpan* kívül nincs más faja a vétkességnek. A mit némelyek állítanak, hogy van még egy a culpa alatt álló faj: *a custodia* vagy *culpa levissima*, azt a források nem erősítik meg. A míg azonban a *dolus*nak csak egy foka és fajtája van, mert vagy tudom, hogy jogtalanságot követek el, vagy nem tudom, *tertium non datur*, és különböző tudás sem lehet, addig a *culpának* több fokát ismeri a római jog. Nevezetesen megkülönböztet *culpa latat* (*raskos, vastag gondatlanság*) és *culpa levis*t (*kis gondatlanság*). A culpa ezen fokainak megméréséhez, mint minden méréshez, mértékre van szükségünk. Ez a mérték a római jogban a *bonus paterfamilias* gondossága. (*Paterfamilias* nem fordítandó családatyával, hanem önálló emberrel.) Ez a mérték természetesen *abstractio*, érteni kell rajta átlagembert, középembert, *philistert*, a ki nem szeles, de nem is nagyon *pedans*, nem túlságosan okos, de nem is nagyon bolond. A ki oly gondosságot sem tart szem előtt, a mit nemcsak az ilyen közepes, józan, hanem még szeles ember is szem előtt szokott tartani, az culpa latat követ el, ennél kisebb a culpa levis. Néha azonban a római jog más mértéket állít fel, nem abstract mértékhez viszonyítja a gondatlanságot, hanem az egyén *individualis* gondosságát tartja szem előtt. Mértékül magát A-t, a concret embert veszi, és csak oly gondosságot kíván, a melyet ez maga szokott szem előtt tartani: *diligentian*, *quam quis in suis rebus adhibere solet* (ú. n. *culpa in concreto* ellentétben a *culpa in abstracto*hoz). Ez esetekben, mikor a jog csak ennyit kíván, még ha különben felelős is volnék culpa levisért, nem leszek az, ha a magam dolgaiban is ilyen hanyag vagyok. De már culpa lata alól ez sem ment fel. Ilyen esetek, mikor a jog csak culpa in concretoért von felelősségre: a gyámság, gondnokság, hozománykezelés a férj részéről, társaság. Társaság esetén culpa levisért is felelős volnék, de ha én a saját dolgaiban is csak oly könnyelműséggel

járok el, a melyet ez esetben tanúsítottam, akkor nem vagyok felelős. Ennek az előnyösítésnek oka az, hogy pl. a gyámságra engem köteleznek, nem a magam jóindulatából vállalom el, a többi esetekben pedig módjában állott volna a felperesnek természetemet kiismerni, ha pedig ismerte, miért szövetkezett velem?

Vannak rendhagyó esetek, mikor valakit felelőssé teszünk oly eredményért, melyet sem tudatosan, sem gondatlanul elő nem idézett: a mikor tehát ő a véletlenért is felelős. Ilyenért felelősek a caupo (szállodás), nauta (hajós, ma általában fuvarozó), stabularius (istállótulajdonos), ide tartozik a noxa esete (rabszolga vagy négylábú állat kártevése), és ma a kis gyermek és örült is, hisz vagyonából kártérítést adunk. Ezek tehát *casusért*, véletlenért is felelősek. De a véletlen események csoportjából megint kirekesztünk egy csoportot, a *vis majort*. Hogy ez miben különbözik a többi casustól, arra két nevezetesebb elmélet van. Az egyik *Exner objectiv elmélete*, mely szerint vis major az, a mikor maga az illető esemény kvalifikálódik azzá, jelesen olyan, hogy rendkívüli ritkasága, nagy erővel való beállása már in abstracto lehetetlenné tesz minden emberi ellentállást. Szóval ritka, ellen nem súlyozható elemi csapás. Tehát nem vis major, ha a torpedó átfurja a hajót, vagy a Thomas órája (l. a büntetőjogban). Ezzel szemben *Goldschmidt subjectiv elmélete* azt mondja, hogy vis maior minden casus, melylyel szemben az adott esetben lehetetlen volt a védekezés, a mely ellen tehát in concreto az illető mindent megtett, a mi tőle telhető volt. Goldschmidt szerint tehát vis major az igazi casus, és voltaképen minden casus vis major.

A források terminológiája ez anyagra nézve a következő. A hol arról szólanak, hogy „*dolus praestatur*” ott a dolus a culpa latat is magában foglalja (*culpa lata dolo proxima est, dolo comparatur*). „*Dolum et culpam praestari*”, ebben a culpa culpa levist jelent. *Diligentiam praestari* = *omnem diligentiam* (tehát culpa levist is) praestari. Vitás még, hogy ez a szabály culpa lata dolo comparatur kivétel nélkül áll-e, mint Dernburg állítja. Ihering szerint ez csak contractualis viszonyokban áll, és felhossa ezt a példát: Ha valaki tőlem az utcán azt kérdezi, hogy merre van az út a vasúthoz és én neki gondatlanul kerülő utat mutatok, ilyenkor én culposusan járok el, de azért nem vonhat engem felelősségre, még ha le is késett a vonatról, a mi neki nagy kárt okozott. A Ihering nézete a helyes.

Vécsey 357. oldal, Kajuch 261. oldal.

38. §. A jogellenes magatartás joghatása.

A jogellenes magatartásnak joghatása vagy az, hogy egy eddig fennálló tilalom, illetve parancs megszűnik, vagy új tilalom, illetve parancs keletkezik. Elsőre példa a retentio, a megtartás joga.

Visszatarthatom a kiadások fejében a más dolgát, tehát megszűnik az a tulajdoni parancs, hogy add vissza az idegen dolgot. Más példa: a mezőrendőrségi törvény megengedi a mezőn talált idegen marha megzálogolását; ez részleges megszűnése az eddigi parancsnak, a tulajdonjognak. Célja szerint a joghatás vagy *kiegyenlítésre* irányul, vagy *büntetésre, megtorlásra*: *malum quod infligitur propter malum*. A kiegyenlítési parancs megint vagy utólagos teljesítést rendel, vagy kártérítést, vagy cautiot, biztosítékadást, pl. *cautio de amplius non turbando*. De akár büntetést, akár kiegyenlítést céloz a jogrend, a joghatás nem lehet más, mint az, hogy vagy megszüntet egy fennálló parancsot, pl. visszatarthatási jog (kiegyenlítés), *decretum divi Marci* (az a hitelező, ki kielégítés céljából adósától önhatalmúlag vesz el vagyontárgyakat, elveszti követelését; tehát a javára fennálló parancs büntetésből megszűnik), vagy új parancsot ad ki. Ez az utóbbi a fontosabb, mert gyakoribb. Ez az új parancs, mint mondtuk, azt rendeli, hogy te jogsértő, te jogellenes magatartást tanúsító, tedd meg ezt meg ezt, teljesíts utólag, illetve adj kártérítést, adj óvadékot). Rendszerint a parancson kívül a jogrend még egy parancsot bocsát ki az állami közegekhez, a bírósághoz, hogy az érdekelt fél kérelmére ezt az előbbi parancsot esetleg karhatalommal is ervényesítse. Szükséges azonban, hogy a fél ezt kérje, vagyis ez a másodtétel a féltől van függővé téve. A jogosult félnek kezébe adott ez a lehetőség, hogy a kiegyenlítést vagy büntetést állami közegek segítségével érvényesítheti **az igény (Anspruch, actio)**.¹⁾ Az igény — a perlési jog, *actio* — tehát a másik fél jogellenességének a következménye. Windscheid mást ért alatta. Szerinte már a jogellenesség előtt is van igény. Szerinte pl. a tulajdonosnak igénye van rá, hogy senki sem bántsa az ő dolgát. Windscheid szerint tehát igény az, a mit mi objectiv jogszabálynak nevezünk, a jog más oldalról nézve. Ez helytelen. Igény nincs minden objectiv jognál, hiszen épen az igényre való kilátás, a másodtétel megindíthatása különbözteti meg az objectiv jognak egy nagy csoportját a többi jogtól, ez emeli ki a subjectiv jogot az objectiv jogok köréből. Igényről csak a subjectiv jogoknál lehet szó, hisz épen ez teszi a subjectiv jogokat subjectiv jogokká. Ezzel szemben egyesek, így Degenkolb, Plósz (*Zur Theorie des Klagerechtes*) tagadják a subjectiv jog és az igény közti kapcsolatot. Hiszen perelhet az is, a kinek nincs is joga, és alperesnek e perben védekeznie kell, mert különben elmarasztalják, és még végrehajtást is indítanak ellene. Ez azonban nem bizonyít semmit. Ez csak az állami eszközökkel való visszaélés, azok gyarlósága. És a között, hogy az állam mit akart elérni, és az eszközök tökéletlensége által pedig mit ért el, különbséget kell tenni. Tény az, hogy az állam ilyenkor nem akar elmarasztalást.

Az igényre való kilátás teszi a subjectiv jogot azzá. Subjectiv jogról csak akkor beszélhetünk, ha a jogalany állami közegek útján

megindíthatja a másodtételt. Néha azonban le van téve a jogalany kezébe az a lehetőség, hogy állami közegek igénybevétele nélkül, saját erejéből is kikényszerítheti a másik fél jogellenes magatartásának a joghatását, a kiegyenlítést vagy a büntetést. Ez az **önsegély** esete. Ilyenkor nem állnak be új normák, hanem a már meglevő bizonyos, a másik fél személyét, vagyonát védő normák lépnek hatályon kívül. Az önsegély tehát úgy áll elő, hogy egészben vagy részben, ideig-óráig felszabadulok oly normák alól, melyek eddig megakadályozták abban, hogy ellenfelem ellen fordulhassak. Az önsegély vagy támadó önsegély: *önhatalom*, vagy védő: *önvédelem*. Az önhatalom rendesen tilos, az önvédelem rendesen meg van engedve.

Az önvédelem abban áll, hogy valaki által előidézett jogellenes állapot továbbtartását (Kajuch szerint 122. old. a fenyegető jogsértést) megakadályozom akár erőszakkal (*vim vi repellere cuique licet*), akár csellel (*dolus bonussal*). Ez a jogos védelem (*inculcata tutela*, mely Vécsey szerint 202. oldal nemcsak önvédelem, hanem másnak a védelme is lehet) meg van engedve a következő feltételek mellett: 1. ha a másik fél magatartása jogellenes; 2. ha rögtöni intézkedés lehetséges, ha t. i. a baj rögtöni intézkedés által orvosolható, még mielőtt a jogellenes állapot a jog által védett állapottá, ú. n. birtokállapottá lett volna (hogy meddig még nem védett a jogellenes állapot, az elvileg meg nem határozható); és 3. az alkalmazott fizikai erő ne menjen túl a szükséges mértéken, hanem a *bonus paterfamilias* körén maradjon belül (*moderatio inculcatae tutelae*, melyet Diocletianus rendelt; l. Vécsey 202.). Persze matematikai pontosságu mérés itt lehetetlen.

Az önhatalom (támadó önsegély, önbíráskodás) tilos, csak kivételesen van megengedve, ha t. i. absolute semmi kilátás sincs arra, hogy a jogellenesség másképp orvosolható volna (*periculum est in mora*), pl. az Amerikába szökő adós megzáloglása. (Továbbá meg van engedve az önhatalom, ha a felek azt előre kikötötték, és a bérbeadó erőszakkal meggátolhatja a bérlőt invectai és illatai elvitelében, ha ez a bért még ki nem fizette, l. Kajuch 122. old.) A tiltott önhatalom *sanctioi* a birtokban levő fél részéről a birtokkeresetek, az *actio iniuriarum*, a *decretum divi Marci*, I. Theodosius és II. Valentinianus intézkedése, mely szerint az, a ki idegen birtokban levő dologát a birtokostól erőszakkal elveszi, elveszti tulajdonjogát, ha pedig nem volt tulajdonos, még a dolog értékét is meg tartozik téríteni. Az önhatalom büntetéséről intézkedik végül Caesar idejében a *lex Julia de vi*, mely nyilvános büntetést szab rá.

Az önsegély lehet közvetlen, pl. visszaveszem a dolgomat, kilököm azt, ki birtokomba tolakodik, és lehet közvetett mikor indirekte gyakorlok *pressiot* pl. a *retentio*val élek, hogy az adósom fizessen.

Az önsegély úgy általában tilalom megszegése esetén, vagyis nagyjában az absolut jogoknál és a *non facerere* menő obligatiók-

nál van megengedve, a kötelezettség nem teljesítése, tehát parancs megszegése esetén pedig, vagyis a relativ jogoknál nincs megengedve. Utóbbiaknál csak egy kivétel van, t. i. a veszély esete.

A primitiv jogokban az igény érvényesítésének praevaleáló formája az önsegély, idővel azonban ez háttérbe szorul. A római jogban a primitiv kornak erre vonatkozó maradványa a manus iniectio. A fejlettebb római jogban, úgy mint minden más fejlett jogban, az igénynek birói úton való érvényesítése a fontosabb.

39. §. Birói érvényesítés.

Azt, hogy a jogellenesség által sértett félnek akaratától van függővé téve állami organumokhoz intézett, rá nézve másodtételű, parancsoknak a beállása, *kereseti* vagy ujabbban *anyagi kereseti jognak* nevezzük. Az anyagi kereseti jog az igény megjelenésének második formája, mert itt is, úgy mint az önsegélynél, a féltől van függővé téve bizonyos másodtételű beállása. Ez az igény, ez a kereseti jog (Klagerecht) nem abban áll, nem az a hatalom, hogy keresetet adhatok be, (ezt bárki megteheti), abban sem áll, hogy a bíró bizonyos eljárási formákat köteles alkalmazni, köteles a perrendtartás szerint eljárni, hanem áll abban, hogy az én akaratomnál fogva állanak be azok a parancsok, melyek a bíróhoz vannak intézve, hogy ő nekem végeredményben a megkívánt állapotot előteremtse. Röviden tehát abban áll, hogy akaratomnál fogva bizonyos állapot kényszerítendő ki, tehát a kereseti jog a jogellenességből folyó igény a condemnatoria és executio. Ez pedig csak oly esetben kellene, hogy beálljon, mikor az állított jogellenesség tényleg megtörtént. Hogy jogsértést nem szenvedett is megindíthatja az e célra szánt állami gépezetet, hogy néha a jogosult kilátása nem valósul meg, míg a jogtalan eléri célját, az csak az intézmény gyarlósága, a perszervezetnek elkerülhetetlen árnyékoldala, a melyet azonban épen a jogosultak érdekében nem lehet megváltoztatni. Az ilyen gyarlóságok a jog más terén is ismétlődnek. Pl. a római jog védi a birtokost, de ezzel aztán mint gyarlóság vele jár a tolvaj védelme is.

Az anyagi kereseti jogot, az igényt a rómaiak *actio*-nak nevezik. De az *actio* szó (épúgy mint ma a kereset) nemcsak ezt jelenti, hanem jelenti magát az igényt, az anyagi kereseti jogot érvényesítő cselekményt is. Így beszélnek a rómaiak ageréről. Ez magyarázata annak, hogy *actio* névvel olyat is jelölnek, a mi az anyagi kereseti jog alá nem is tartozik. Ilyenek pl. a ma nagy számban megengedett *actiones praeiudiciales*, megállapítási keresetek. Ezek keresetek, melyek nem czéloznak marasztalást, condemnatiót, hanem csak valamely nem szükségképen jogellenes állapotnak a birói constatacióját, vagyis pronunciaciót, melyeknél tehát nincs igény. Nem erednek ennél fogva szükségképen jogellenességből, és

czéljok sem valaminek a kikényszerítése. Pedig anyagi keresetről csak erre vonatkozólag lehet szó, azaz az actio ezen fogalma alá csak az ú. n. *condemnatio* keresetek tartoznak. Hogy a megállapítási kereseteket is actioknak nevezzük, az onnan van, mert ezeknek a külső formája is olyan, mint az actioké, ezeknél is a fél kívánatára vizsgálja a bíró azt, hogy mi a tényállás? De az actio többet is kíván. Az actionak célja tudvalevőleg nemcsak a tényállás megállapítása, hanem vagy kiegyenlítés (teljesítés, kártérítés, biztosítás, actio rei persecutoria, qua rem persequimur) vagy büntetés (actio poenalis), sőt néha mind a kettő (a mixta).

Már most mit kell felperesnek állítania, hogy a bírót az eljárásra indítsa. Mi legyen a kereset tartalma? A kereset tartalma logikai syllogismus, tehát 3 részből áll. Első praemissa: A jogtétel azt mondja, hogy ha x történt, történjen y; második praemissa a tényállás: ámde x történt; conclusio: tehát kérem, hogy y történjen. Pl. A jogparancs azt mondja, hogy az adós a lejáratkor fizessen, minthogy a lejárat már itt van, kérem tehát adóst a fizetésben elmarasztalni. Ezt a harmadik tételt voltaképp nem kellene belefoglalni a keresetbe expressis verbis, hisz mint minden helyes syllogismusnál, önként adódik. Az elsőt sem kellene, mert hiszen iura noscit curia, a jogszabályokat a bíróság ismerni tartozik. A 3-ik tételnek, a petitumnak, belefoglalása ma azonban mégis szükséges, mert a perrendtartási maxima az, hogy a bírónak a jog által előírt következményekből csak annyit szabad előállítania, a mennyit a fél kért, vagyis ma a tárgyalási elv az uralkodó. A syllogismus második részét azonban bármely elv mellett is okvetlenül elő kell adni, ez a legfontosabb. És épen ez az, a miben a mai jog a római classicus jogtól különbözik. A római jogban az actio főtípusa az actio in ius concepta volt, holott ma az actio in factum az. A római felperes a praetor előtt, hol tudvalevőleg a per constitualása ment végbe, a maga állítólagos jogigényét adta elő: aio mihi ius esse, aio mihi centum dare oportere, ellenben ma felperes nem jogára, hanem tényállásra hivatkozik, melyből persze az ő joga folyik. A római jog is ismerte az actio in factumot, de csak mint kivételes történeti alakulatot (l. Vécsey 227. old.).

A keresetnek substantiálva kell lennie, azaz az előadott tényekből kell a petitumnak következnie. Már most milyen tényeket kell felperesnek előadnia? Elő kell adnia a jogmegállapító, a jogkeletkeztető tényeket, de nem a joggátló és jogmegszüntetőket. Ezeket hadd állítsa és bizonyítsa alperes. A jogkeletkeztetőket sem kell mind előadnia és bizonyítania, csak azokat, melyek nem szabályszerűek, de nem azokat, a melyek fenn nem forgása a kivétel, a melyek tehát feltételeztetnek. Pl. azt, hogy az ügyletkötésnél nem volt elmebeteg, nem kell előadnia, mert az elmebetegség kivételes.

Ezzel a kereseti elődással szemben alperes védekezik. Nagy vitára adott okot az a kérdés, vajjon alperes köteles-e védekezni,

vagy csupán védekezhetik, joga van védekezni. A kötelesség-elmélet azonban tarthatatlan, mert ha pl. alperes nem jelentkeznék, a makacssági ítélet az ő meg nem jelenésének büntetése volna, és akkor in contumaciam el kellene marasztalni még akkor is, ha felperesnek szemmel láthatólag nincs is igaza. Ma már uralkodó nézet, hogy alperesnek nem kell védekeznie, csak védekezhetik, ha akar. Így a mi perrendünk szerint, ha alperes nem jelen meg, még nincs poena contumaciae, hanem a bíró az elébe terjesztettek alapján ítél.

A classicus római jogban alperes állása a következő volt. Vagy tagadta felperes keresetének intentióját: rem actoris esse (in rem actionál), dare, facere, praestare oportere (in personam actionál), és akkor ezt ideje volt a bíró, a iudex előtt in iudicio megtenni. Vagy ezt nem tagadta ugyan, mert a ius civile szerint ez a jogviszony tényleg fennállt, de fel tudott hozni oly ténykörül-ményeket, melyeket a ius civile ugyan nem, de praetor tekintetbe vett. Ezeket in iudicio nem hozhatta fel, mert a iudex a ius civile szerint tartozott ítélni, de minthogy a praetor imperiumának alá van rendelve, annak parancsát köteles tekintetbe venni, még ha ez a ius civile-vel ellenkezik is. Alperes tehát, ha felperes keresetével szemben valamely ius honorariumbeli szempontra akart hivatkozni, ezt csak a praetor előtt, in iure tehette meg, hogy ez a formulába, a bíróhoz küldött utasításába bevegye és így a bíró ezt is figyelembe vegye. Ha pl. a hitelező adósának a tartozást pactum de non petendo alapján elengedte, ezt a ius civile semmibe sem vette, felperes állításával szemben, hogy alperes neki dare oportere, adni tartozik, alperes a bíró előtt nem tagadhatott, mert a ius civile szerint még mindig tartozott. Ha azonban a praetor előtt hivatkozott erre a pactum de non petendo-ra, akkor a praetor belevette a formulába, hogy te bíró, ha felperesnek megvan az a joga, melyet állít, akkor marasztald el alperest, kivéve (nisi) ha igaz az, a mit állít, hogy t. i. pactum de non petendo alapján felperes neki a tartozást elengedte. Alperesnek ez a védekezése tehát a rendes formulába szúrt kivétel volt, innen neve: *exceptio*. Ha azonban a hitelező acceptilatioval engedte el adósának a tartozást, akkor alperes a bíró előtt egyszerűen tagadhatta felperes (a hitelező) követelésének fennállását, mert az acceptilatiót a ius civile elismerte. Így állt a dolog a római typicus kereseteknél: az in ius concepta actioknál. Voltak azonban már akkor is más perek, a melyekben a szabálytól eltérőleg felperes nem arra irányította a maga keresetét, hogy neki valamilyen joga van (aio rem meam esse), hanem, mint ma szokták, elmondott egy bizonyos ténykörülmenyt (aio me mensam argenteam apud Numerium Negidium deposuisse), és ennek alapján kérte alperes elmarasztalását. Ez volt tudvalevőleg az actio in factum concepta. Ennél a bíró csak azt nézte, vajjon az idézett tényállás igaz-e, ha igen, elmarasztalta alperest, ha nem, felmentette. Itt tehát

még ius civilebeli tényekre is hiába hivatkozott az alperes a bíró előtt, a bíró csak a formula intentiójában levő tényállást nézte. Ezért az ilyen pereknél alperes nemcsak a ius honorarium, hanem a ius civile alapján felhozattakat is kénytelen volt már a praetornál (in iure) előterjeszteni, hogy a formulába exceptio gyanánt belekerüljenek. Itt tehát, hacsak egyáltalában nem tagadta, hogy felperes nála a mensa argentea-t letette, még azt is exceptio formájában kellett a formulába bevétetnie, hogy a letett dolgot már visszaadta, holott ez (a solutio) a ius civile szerint is megszüntette felperes követelését.

Ma minden actio in factum van concipialva. De ma már ius civile és ius honorarium közt különbség nincs, nincs formularis eljárás, és nincs in iure és in iudicio eljárás közt különbség (Angliában sem 1873 óta). Ma tehát alperes védekezése másképp alakul. Ma felperes tényelődásával szemben alperes először is *tagadhat* (helytelenül úgynevezett negatív litis contestatio), tagadhatja a felperes által előadottak igaz voltát. Másodszor lehetséges hogy alperes valónak ismeri el felperes tényelődését, de nem találja kimerítőnek, felperes nem adta elő az egészet, van még oly relevans tény, melyet nem adott elő, és melyet ha előadott volna, az eredmény is más volna. Alperes tehát kiegészítheti felperes tényelődését, és ma ezt nevezzük *kifogás*-nak. Az alperes által felhozott ez az újabb tény kétféle lehet. Vagy olyan ez a tény, a melyet, ha már felperes maga felhozta volna, alperesnek ez javára szolgált volna, nem kellene újból felhozni. Pl. ha alperes kötelezettségét már teljesítette (solutio), akkor akár felperes említi ezt meg a maga tényelődésában, akár csak alperes hivatkozik rá, ez mindenképen alperes javára szolgál. Ezzel szemben felhozhat azonban alperes oly tényeket is, melyeket, ha felperes fel is hozta volna őket, a bíró, ha alperes nem hivatkozik rájuk, még sem vehetett volna figyelembe. Alperesnek kell őket felhoznia, hogy a bíró tekintettel legyen rájuk, hogy tehát a létező igény megszüntetessék. Alperesnek ily tényekre való hivatkozása nemcsak allegatio, hanem akaratnyilvánítás, hogy javára az illető tények tekintetbe vétessenek. Pl. alperes csak félelemből irta alá a kötelezvényt. Felperes ezt említi ugyan keresetében, de azért a bíró még sem lesz rá tekintettel, hacsak alperes maga nem kéri ennek figyelembe vétele. Ennek oka az, hogy, ha alperes nem akart bátortalanságára hivatkozni, viselni akarja annak következményeit, akkor más egész természetesen nincs feljogosítva azt hánytorgatni. Az olyan tényeket, melyeknek figyelembe vételére alperes kérelme nem szükséges, a bíró hivatalból veszi tekintetbe, a melyekre azonban alperes kérelme szükséges, nem veszi tekintetbe hivatalból.

A kifogás ma e szerint kétféle. Az első csoportot *igénytagadó kifogás*nak nevezzük, a mely ismét kétféle lehet vagy *igénygátló* vagy *igénymegszüntető*. Igénygátló pl. az, ha alperes arra hivat-

kozik, hogy kiskorú; igénymegszüntető, ha azt hozza fel, hogy tartozását már megfizette. De akár igénygátló, akár igénymegszüntető az igénytagadó kifogás, az sohasem tagadása felperes tenyárlításának, hanem csak pótlása, ha t. i. felperes nem említette ezeket az igénygátló vagy megszüntető tényeket a maga tényelődésében.

A kifogásnak másik faja az *igényérvényesítő kifogás* (Rechtverfolgende Einrede), melynél alperes azon jogát érvényesíti, hogy valamely tény alapján, (melyet ha felperes fel is hoz, az figyelembe nem vétetik,) felperes igényét hatálytalanná teheti. Ilyen pl. a *compensatio*: én tartozom ugyan felperesnek, de felperes is tartozik nekem. Ha felperes maga említi is, hogy ő is tartozik alperesnek, a bíró még sem fogja őt elutasítani keresetével, hacsak alperes maga nem kéri ez alapon a kereset elutasítását. Ide tartozik továbbá pl. az *exceptio non adimpleti contractus*. Felperes kéri a vétel alapján a vevőtől a vételárat. Alperes nem tagadja, hogy a vétel létrejött, tehát ő a vételárral tartozik, ámde neki az ügyletből, a vételből kifolyólag ellenkövetelése van, hogy t. i. az eladó neki az árut átadja. Minthogy azonban felperes neki az árut még át nem adta, kéri a bírót, utasítsa el őt igényével mindaddig, míg kötelezettségének eleget nem tesz. Itt ha esetleg már felperes maga említette is keresetében, hogy ő az árut még nem adta át, mégis a bíró nem fogja őt a vételárat követelő keresetével elutasítani, hacsak alperes maga nem hivatkozik arra, hogy az árut még nem kapta meg. Ilyen még a *ius retentionis* alapján emelt *exceptio doli generalis*, a mi voltaképen az *exceptio non adimpleti contractus*nak egy esete. Felperes követel tőlem egy dolgot, a mely az övé. Én ezt nem tagadom, a mit felperes előad, az való, csak hogy én erre a dologra különféle kiadásokat tettem, költségekbe vertem magamat, melyeket felperes nekem megtéríteni tartozik. A míg ezeket meg nem téríti, kérem keresetének elutasítását. Ilyen továbbá az *exceptio redhibitoria*. Felperes az el- és átadott dologért kéri a vételárat. Alperes ezzel szemben kéri felperes keresetének visszautasítását, mert a dolognak ilyen és ilyen rejtett hibája van, és így az ügylet megszűnt. Ide tartoznak a *megtámadás* esetei általában, így dolusnál, metusnál, errornál stb. Ezek közül egyeseknél: az *exceptio non adimpleti contractus*nál, a *retentionál*, a *compensationál* az *exceptio* indirekte, közvetve igény érvényesítésére szolgál, alperes külön keresetet is indíthatna, vagy viszonykeresetet támaszthatna. Az igényérvényesítő *exceptiók* alapján felperes igénye vagy mindörökre visszautasíttatik pl. *exceptio quod metus causa* esetén, vagy csak ideig-óráig pl. az *exceptio non adimpleti contractus*nál. Előbbiek az *exceptiones peremptoriae*, utóbbiak az *exceptiones dilatoriae*.

Az igénytagadó és igényérvényesítő kifogások közt practice két különbség van. Az igénytagadót a bíró hivatalból köteles figyelmébe venni, az igényérvényesítőt csak alperes kívánságára, kérelme. Az igényérvényesítő kifogásról alperes lemondhat, az igény-

tagadóról, ha egyszer folhozta, már többé nem mondhat le, mert nem változtathatja meg az objectiv jogot.

A római jogi exceptiok már most milyen kifogások alá tartoznak? Savigny, Windscheid, Dernburg (Albrecht nevű író után) azt állítják, hogy minden exceptio ellenjogot (Gegenrecht) igényt érvényesít. Ez nem igaz. Az exceptio pacti de non petendo, az exceptio rei iudicatae nem érvényesít igényt, ellenjogot, és mégis exceptio, ma nem igényérvényesítő, hanem igénytagadó kifogás. (Aztán még ma is nem minden igényérvényesítő kifogás érvényesít ellenjogot, pl. az exceptio doli specialis, az exceptio quod metus causa igényérvényesítő kifogások, mert a bíró csak alperes kérelmére veszi őket figyelembe, de azért alperes nem emel bennük ellenjogot.) A római exceptio, mint olyan, ma külön osztályt nem alkot, az igénytagadó és igényérvényesítő kifogások mellett külön, a római exceptionak megfelelő védekezés nincsen. Sőt a római terminológiából a mai védekezés anyagi tartalmára sem lehet következtetést vonni, oly osztály, a melynek fogalmi tartalma a római exceptiokra teljesen illik, nincs. A római exceptiok egy része ma igénytagadó, másik része igényérvényesítő kifogás. Viszont meg a mai igénytagadó kifogások egy része exceptio volt, másik része nem. T. i. azok azok az igénytagadó kifogások nem voltak exceptiok, melyek ipso iure a ius civilenel fogva hatottak pl. a solutio stb., a melyeket tehát elég volt az actio in ius conceptánál a bíró előtt felhozni, vagyis a melyek alapján felperesnek az intentioban állított jogát alperes közönségesen tagadhatta. Hogy mely más igénytagadó kifogások voltak exceptiok, és melyek hatottak ipso iure, erre elvi választ adni, e két csoport közt elvi választalat felállítani nem lehet, annak csak történeti magyarázata van. A ius civile által is már elismert tények ipso iure hatottak, ellenben azok, a melyeket csak a ius praetorium ismert el, excipiendo, exceptio formájában voltak felhozandók és felhozhatók. A mai kifogás tehát tágabb fogalom, mint a római exceptio, mert magába foglalja azokat az igénytagadó kifogásokat is, melyek az actiones in ius conceptaenél már ipso iure, s nem excipiendo hatottak. Másrészt azonban a mai igénytagadó kifogások, melyek Rómában sem hatottak ipso iure, hanem csak excipiendo, Rómában nem voltak hivatalból figyelembe veendőek, hanem csak alperes kívánságára. Nem úgy ma, mikor ezek alperes javára szolgálnak, ha nem is hivatkozik rájuk, hanem pl. felperes említi őket keresetében. Az igénytagadó kifogások esetében, a melyek ma akkor is hatnak, a mikor a felperes hozza fel őket, a melyek tehát ekkor is felperes keresetének visszautasítását eredményezik, felperesnek voltaképen nincs igénye, Savigny szerint azonban an und für sich, magában véve van igénye. Ennek az an und für sichnek kritikáját már a relativ semmiségnél adtuk.

A római jognak igen érdekes alakulata az *exceptio doli gene-*

ralis (sive praesentis). Ennek alakja a formulában: *si in ea re nihil doli mali factum sit, neque fiat*. Bíró vizsgálja meg, vajjon felperes a kereset megindítása által nem helyezi-e magát ellentétbe a jog intentiójával, nem él-e vissza a jog formáival az anyagi igazság rovására? Elasticus fogalma okozta, hogy sűrűn alkalmazták, mint az igazság ventiljét. Voltakép minden *exceptio* esetén, ha a benne foglalt állítás igaznak bizonyult, felperes *dolum malum* fecit, vissza-élt a jog formáival, az igazság rovására perelt, hiszen tudhatta, hogy nincs igénye, és így voltakép minden *exceptio exceptio doli mali generalis*. Innen van a *generalis* név is. A *praesentis* név pedig onnan ered, mert míg az *exceptio doli mali specialis* (vagy *praeteriti*) esetén felperesnek valamely, a keresetmegindítás előtti dolusára hivatkozik alperes, addig az *exceptio doli generalis* esetén most, a keresetindítással magával követi el felperes a dolust. Perel, bár tudja, hogy anyagilag nincs igaza. Ez az *exceptio* tehát akkor fordul felperes ellen, ha *chicanéból*, *frivol* módon perel, ha visszaél a törvény betűjével annak szelleme rovására, a jog szövegével a tartalom, az intentio ellenére. Pl. csak alperes boszantására perel, a nélkül, hogy valami érdeke volna. Kedvelt vitakérdés, vajjon megvan-e még ma is anyagilag — perjogilag persze nincs — ez az *exceptio doli generalis*? Annyi bizonyos, hogy gyakran szükség van rá, s ezért a francia és angol *iurisprudentia* és *praxis* el is fogadta, és minden igazságos érzékű embernek el is kell fogadnia. Ajánlatos tehát *de lege ferenda*, hogy mint igénytagadó kifogás ma is érvényesüljön, a bíró hivatalból vegye tekintetbe, ha alperes nem is hivatkozik rá.

Az exceptiók fajai. Exceptio dilatoria sive temporalis, és exceptio peremptoria sive perpetua, a szerint, a mint a kifogás bármikor volna felperes ellen felhozható, vagy csak most, éppen perben. Pl. a hitelező *pactum de non petendo in certum tempus*sal elengedte adósának az adósságot, de csak bizonyos időre, megígérte, hogy bizonyos ideig nem fogja követelni. Ha most ez alatt az idő alatt mégis beperli, adós *exceptio pacti de non petendo in certum tempus*sal védekezhetik. Ez *exceptio dilatoria*, mert csak ez alatt az idő alatt emelhető, ha azonban felperes várt volna keresetével az engedélyezett idő leteltéig, nem lett volna emelhető. A régi római jogban a követelés az egyszeri keresetindítással *consumálva* lévén, a *ne bis de eadem re sit actio* elvénél fogva felperes az *exceptio dilatoriával* szemben is egyszer s mindenkorra vesztette el követelését, bár ha később perelt volna, megnyerte volna perét. Mert már egyszer perbe vitte követelését, keresetet újból nem indíthatott, bár csak *exceptio dilatoria* alapján utasították vissza. Csak Iustinianus alatt lesznek az *exceptiones dilatoriae* igazán halasztó kifogásokká, csak jelen esetre szóló visszautasítások, a kifogás alapjául szolgáló akadály megszűntével pedig a per újra indítható. Az *exceptio dilatoria* esetén felperes igényét tagadja alperes, nem jogát,

elismeri, hogy felperesnek van joga, de még most igénye nincs, csak később lehet. — *Exceptio rei cohaerens exceptio personae cohaerens*, a szerint a mint az exceptio a jogviszonyhoz objective vagy csak alpereshez subiective tapad-e. *Exceptio rei cohaerens* az, melyet a jogviszonyból nemcsak ez az alperes, hanem bárki emelhetett volna felperes ellen, míg az *exceptio personae cohaerens* csak egy bizonyos, vagy egyes bizonyos emberek emelhetik. — Más az *exceptio in rem* és *exceptio in personam*. Ez a felosztás nem az exceptio emelésére jogosultak, hanem a másik oldalon levők számán alapúl. Az az exceptio, melyet csak ez ellen az egy felperes ellen lehet felhozni, az *exceptio in personam*, ellenben *exceptio in rem* oly kifogás, melyet bármely ez alapon ellenem perelő ellen felhozhatok. Az *exceptio in rem*re példa: *exceptio pignoris*, *ususfructus* stb. igénytagadó kifogások, a mennyiben alperes, dologi joga lévén, felperes ellen jogsértést nem követett el, és így annak igénye sincsen. *Exceptio in personam* kötelmi jogon alapul, pl. *exceptio rei locatae*. Míg tehát az *exceptio rei* és *personae cohaerens* arra ad feleletet, hogy ki emelheti a kifogást, addig az *exceptio in rem* és *in personam* azt mutatja, hogy ki ellen emelhető. — Történeti alapú az exceptiók felosztása *exceptiones honorariae* és *civiles*re. *Exceptio civilis* pl. az *exceptio senatusconsulti Macedoniani*, *senatusconsulti Velleiani*, *legis Cinciae*.

Alperes ezen exceptiója, ma kifogása ellen felperes megint *replicatio*val, ez ellen alperes *duplicatio*val s. i. t. védekezhetett.

Függelék: Az actiók részletes felosztását l. Kajuch 123—132 old. és részben következő §-unkban. Itt még csak az actiókat és exceptiókat megszüntető okokat kívánjuk röviden előadni. Az actio megszűnik vagy az egyik fél halála által, (de csak bizonyos actiók szűnnek így meg), vagy *elévülés* által, vagy a *concursus actionum* (keresettalálkozás) által. Az elévülésről alább lesz szó, ezt itt tehát mellőzzük. *Concursus actionum* (kereset-concurrentia) származik, ha ugyanaz az anyagi jog teljesen vagy részben több keresettel érvényesíthető. Alanyi (subiectiv) a keresettalálkozás, ha ugyanaz az a kereset több személyt illet. tárgyi vagy obiectiv akkor, ha egy személy ellen több kereset indítható. Vagylagos, alternatív a keresettalálkozás, ha a felperes a több kereset közül úgy választhat, hogy az egyik kereset megindításával a másikat elveszti, még ha igénye nem is talált kielégítésre. Pl. a vevő rejtett hibával bíró áru vételkor választhat a vétel megsemmisítésére irányuló actio redhibitoria és a vételár csökkentését célzó actio quanti minoris közt. Ha azonban egyiket már választotta, akkor a másiktól elesik, még ha a választottal nem is ért célzt. Ez nem igazi concursus actionum, mert az igazi concursus actionumnál felperes mindaddig nem veszti el a maga egy célra szolgáló kereseteit, míg az egyikkel teljesen célzt nem ért. Ha persze egyikkel már célhoz jutott, akkor nem indíthatja meg az e célra szolgáló másik keresetet. Ha actio de-

positi directával a maga letett dolgát már visszakapta, nem indíthatja ugyanerre a célra a rei vindicatiót, a melylyel mint tulajdonos kéri a maga dolgát. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. Ez a szabály az u. n. cumulativ keresettalálkozásnál. Beszélnek végül successiv keresettalálkozásról. ha t. i. az egyik kereset megindítása a másiknak előkészítésére szolgál, pl. az actio ad exhibendum a rei vindicationnak.

Keresetet mindenki akkor indít, mikor neki tetszik. Nemo invitus agere cogatur. Ez alól a római jog két kivételt ismert. Ha valaki mások előtt azzal dicsekedett, hogy perelhető követelései vannak, akkor u. n. provocatio ex lege diffamari alapján arra volt kényszeríthető, hogy bizonyos időn belül keresetét megindítsa, különben elvesztette igényét. A második kivétel pedig az volt, hogy ha valaki attól tartott, hogy az őt valaki ellen megillető exceptiók el fognak enyészni, ha az illető keresetét egy ideig még nem indítja meg, akkor az u. n. provocatio ex lege si contendat-tal ellenfelét a kereset megindítására kényszeríthette.

Az exceptiók megszűnnek: 1. az egyik fél halálával, ezzel csak exceptiones in personam és personae cohaerentes szűnnek meg; 2. a velők való nem élés, illetve késői emelés által, pl. csak in iudicio jutnak alperes eszébe; 3. az alapjául szolgáló causa megszűnte által pl. a pactum de non petendo in certum tempusban megjelölt idő elmultával megszűnik az exceptio pacti de non petendo in certum tempus; 4. a törvény rendeleténél fogva; pl. a ker. törv. 6 hónapi időt ad a vevőnek arra, hogy az áru hibás voltát az eladónak rögtön annak észrevétele után tudtul adja, különben minden kifogását elveszti felperes keresetével szemben.

40. A római per vázlata.

A perjog két részre oszlik: anyagi és alaki perjogra. Az anyagi perjog a magánjogokat tárgyalja úgy, a mint azok a bírói eljárásban jelentkeznek, a subjectiv jogok felvértézve, a harczba vitt alanyi jogok. Adja tehát az igények tanát, a pernek magánjogi hatásait stb. Helyesebben igényjognak volna nevezhető. A perjognak ez a része alkateleme a magánjognak, a pandektajognak, és azért ott tárgyalandó. Nem része ellenben a magánjognak maga a peres eljárás, a processus, a pernél követendő formalítások tana, az úgynevezett perrend. Ez a közjognak egyik ága, és épen ezért nem is tárgyalandó a magánjogban, a mint hogy a pandektajogok nem is térnek ki rá. Az institutiók azonban a régi római jogból nemcsak a magánjogot, hanem a közjognak a magánjogra leginkább kiható részét is tárgyalván, az alaki perjogot is előadják. Ezért röviden mi is rátérünk.

A római per már abból a szempontból is érdekes, mert a római magánjog a maga páratlan kifejlődését épen a pernek saját-

szerű alakulatánál fogva nyerte. A pernek összefüggése a magánjoggal a római jogban annyira megy, hogy az alanyi jogot az *actio*val, a keresettel azonosnak vették, úgy hogy pl. a helyett, hogy azt mondták volna, hogy tulajdonjogom van, azt mondták; nekem *rei vindicatio* van. Ennek oka egyrészt a dolog természetében rejlik, másrészt a római perrendből folyik. Az én *subiectiv* jogom annyit ér, a mennyire azt megsértése esetén védeni tudom, innen az összetévesztése a jognak és igénynek. Az igényt pedig a keresetlevélben a bíró előtt emelt panaszban érvényesítjük, igen közel fekszik tehát az igény és kereset fogalmainak egymással való helyettesítése, a mint hogy a római jogban az igénynek és a keresetnek tényleg egy is a neve: *actio*. Így válik a *practicus* szóhasználatban tulajdonjog, tulajdoni igény és tulajdoni kereset (*rei vindicatio*) egy fogalommá, és így értjük *rei vindicatio* alatt nemcsak a keresetet, hanem a tulajdoni igényt, sőt a tulajdonjogot is. Elméletileg persze e három fogalmat széjjel kell választanunk, hiszen jogom van még annak megsértése előtt is, tehát jogom van a nélkül, hogy igényem és keresetem volna. Hogy e három fogalmat összecseréljük, annak magyarázata másrészt a római eljárásban feküdt. A kinek jogát megsértették, az elment a praetorhoz, hogy panaszát, keresetét ott előadja. A praetornak pedig a különböző jogok megsértésének megfelelő kereset-blankettái, formulái voltak, a melyeket panaszosnak, felperesnek átadott, hogy azzal a formulával a bíróhoz menjen, aki majd ítéletet fog azok alapján hozni. A felperes, a panaszos már most, mikor a praetor előtt megjelent, nem adta elő *per longum et latum*, hogy mily jogát sértette meg alperes, hanem röviden kérte a megsértett jognak megfelelő formulát. A kinek a tulajdonát sértették meg, az a *rei vindicatio*t kérte és kapta. Ily módon aztán a jogot a neki megfelelő kereset névével helyettesítették. Ez annyira megy, hogy pl. a *digesták* nem is beszélnek *depositum*ról, *commodatum*ról, *mandatum*ról stb. hanem e kötelmi jogok helyett a nekik megfelelő kereseteket teszik. Az ezen jogintézményekről szóló titulusok czimei e szerint nem *de deposito* stb., hanem *depositi vel contra* (t. i. *actio*) stb. A jog, igény és kereset ilyenén összeforradása okozza aztán azt, hogy az igényeket ép úgy osztályozzuk, mint a jogokat. Így beszélünk az absolut és relativ jogok mintájára *actio in rem* és *in personam*ról, dologi és kötelmi igényről. Látszólag ez *contradictio in adiecto*. Igényem nem lehet absolut, hisz igényem csak jogom megsértőjével szemben van, az igény tehát mindig csak egy vagy több bizonyos személylyel szemben, tehát mindig *in personam* áll fenn. Ez igaz, csak hogy nem is ezt értjük kötelmi és dologi igény alatt, hogy igény egyesekkel és igény mindenkivel szemben, hanem értjük kötelmi igény alatt a kötelmi jogból, dologi igény alatt a dologi jogból származó igényt. A rómaiaknál a fejlődés menete fordított. Nem a jog osztályait appli-

cálják az igényre, a keresetekre, hanem a keresetek, igények felosztását viszik át a jogokra, innen van, hogy pl. nem is beszélnek *iura in rem* és *in personam*ról, hanem csak *actiones in rem* és *in personam*ról. A római jogok történetében, tehát a jogok dinamikus állapotában fejlődésében épen a fordított irányt észlelhetjük, mint a jogok *dogmaticus*, *staticus*, már kifejlődött állapotában. *Dogmatice* a jogból fejlődik annak megsértése folytán az igény, a kereset; hogy keresetem legyen, szükséges, hogy előbb jogom lett legyen. Hogy tehát új kereset létesülhessen, szükséges, hogy vagy a törvény, vagy a szokás előbb új jogot létesített legyen. Kereset előző jog nélkül nem képzelhető. Fordítva a római jogfejlődésben. Ott kiindulva a *praetor ius facere non potest* elvből, az új életviszonyok nem nyerhettek a praetor által jogi szabályozást. Jogot a praetor nem alkothatott, de igenis alkothatott kereseteket, és az új életviszonyok szabályozására ő ezt nagy mértékben gyakorolta. Így adott ő kereseteket olyanoknak, kiknek a *ius civile* szerint nem is volt alanyi joguk, és ennek megfelelőleg gyakran meg megtagadta a keresetet olyanoktól, a kiknek *ius civile* szerint volt *subiectiv* joguk. Voltak tehát keresetek a nélkül, hogy nekik megfelelő jogok is léteztek volna. Csak az idők folyamán, mikor a *ius gentium* áthatol a *ius civile*be, ismerik el az ezen kereseteknek megfelelő jogokat is. Ekképen a keresetekből fejlődtek jogok, nem a jogokból a keresetek. Ez szolgál magyarázatául annak a jelenségnek, hogy a praetor hatalma a jog és a jogfejlődés terén oly óriási volt.

Annyi *actio*, igény és kereset van, a hány alanyi jog, minden alanyi jognak megfelel igény és kereset. Ezek az igények, keresetek az anyagi perjog körébe tartoznak, itt is tárgyalhatók. Így teszi ezt pl. Iustinianus is az ő *institutióiban*. A legtöbb író azonban, és a mi kézikönyveink is, az igényeket és kereseteket az egyes alanyi jogok mellett tárgyalják, ezért mi is így teszünk és beszélünk a *rei vindicatoriáról* a tulajdonjogban, az *actio confessoriaráról* a szolgalmaknál stb.

A régi római per, úgy mint minden más régi ügylet, *formalis*, *alaki* volt, még pedig különféle *formalisticus actusokból* alakult. Egy *characteristicuma* azonban megmarad a római *processusnak* mindvégig, míg csak római perről beszélhetünk, és ez az, hogy egy *caesura* kettéválasztja az egész eljárást. A római per két részre szakad: *in iure* és *in iudicio* eljárásra. Az *in iure* eljárás a praetor előtt ment végbe, és az ú. n. *litis contestatio*val végződött. Célja az eljárás ezen részének annak megállapítása volt, hogy a felek közt van-e egyáltalában per, *pervita*, (ha *alperes* a pernek ezen *stadiumában* vall, *confessio in iure*, akkor nincs *vita*, nincs per), s ha van *vita*, miről foly az, mi a *felperes* és mi az *alperes* jogállása. Itt tehát az ügy tisztázása a cél, a per instruálása, *constituálása* a feladat. A vitakérdés tisztázása után nincs más hátra, mint annak vizsgálata, vajjon a fel- és *alperes* által felhozott jogok

és tények valók-e, és hátra van az ennek alapján való döntés, az ítélet. Ezt a vizsgálatot és ítéletet azonban a praetor már nem végzi személyesen, hanem átengedi laikus, választott bírónak. Ez persze nem járhatott el önállóan, hanem a praetor imperiuma alatt állván, annak az utasításához kellett ragaszkodnia. A praetor pedig őt akkép utasította, hogy hypothetice, feltételesen már maga döntötte el a pert, utasításában azt mondván: „ha igaz, illetve nem igaz az, mit fel- és alperes állít, akkor így és így ítélj.” Úgy hogy a bíró csak azt vizsgálta, igaz-e az, a mit a felek állítottak, és a szerint, a mint igaz volt vagy nem volt igaz, a praetor által már feltételesen hozott ítéletet cathegorice mondotta ki. Az in iure eljárásban tehát meg volt állapítandó először, hogy minek alapján követel felperes, másodszor, minek alapján tagad alperes, és harmadszor a hypotheticus ítélet, hogy a megejtett vizsgálat után vagy felperes utasítandó el, vagy alperes marasztalandó el. A helyet, a melyen a pernek ez a stadiuma lefolyt, a hol a praetor a ő működését végezte, a ius volt, innen az eljárás ezen részének neve: in iure eljárás. Mikor ez az eljárás befejeztetett, akkor felperes felszólította a jelenlevőket: testes estote, legyetek tanúim a bíró előtt arra nézve, hogy mi történt a praetor előtt, hogy hogyan mondta ki hypothetice az ítéletet a praetor. Innen ez actusnak neve litis contestatio. Ez az a caesura, mely a római pert két részre osztotta. A litis contestatióval meg van határozva, mi a per tárgya, és azért, ha felperes rosszul követelt vagy elfelejtett valamit követelni in iure, a litis contestatio előtt, már utána az in iudicio eljárásban nem tehetné jóvá hibáját. A bíró előtt új igényeket nem lehet felhozni, az ő feladata csak az, hogy meggyőződjék arról, vajjon a praetor előtt felhozott igények fennállnak-e vagy sem. Ezek a bírák nem voltak hivatalnokok, hanem laikusok, esküdtek. Egy perben egyszerre rendszeren csak egy bíró működött, de bizonyos ügyeknél több is lehetett (unus index, tres arbitri, recuperatores stb.) A bíró előtt lefolyt eljárás az in iudicio eljárás, mely valószínűleg már a legrégibb időben is teljesen formátlan volt, azaz nem volt formalitásokhoz kötve.

A római per fejlődése három korszakra osztható. A legrégibb per, a mely a voltaképi nemzeti római jognak, a ius civilenek felel meg, tehát a voltaképi nemzeti per a *legis actio*-nalis per. A peres eljárás második korszaka a köztársaság vége felé a lex Aebutiaval kezdődik, neve *formularis* per. Ez eltart Diocletionusig a kr. u. III. század végeig. Ez a per megfelel a korabeli anyagi jognak, a mely e korban a praetor hatása alatt a ius civilenek átalakulását ius gentiummá mutatja. E per a praetor peregrinus tribunálján fejlődött, innen jutott a praetor urbanushoz. Ez oly peres forma, mely a régi ius civile szerinti legis actionalis eljárást az idegen jogok szerinti eljárás befolyása alatt átalakította. Tehát mixtum compositum ius civile és ius gentium közt. A harmadik korszak per az *extraordinaria cognitio*, mely a keresztény csá-

szárok alatt fejlődik. Fontossága az, hogy benne az *in iure* és *in iudicio* közti *caesura*, mely a római pert jellemezte, elesik. Itt már a *per* nagyjában a mai eljáráshoz hasonlít. A *caesura* elestével elesik a *per*nek *praeperatio*ja a *magistratus* által, és az egész *per*, úgy mint ma, elejétől végig a bíró előtt foly. Ez a harmadik *per*-forma a római magánjog tanulmányozása szempontjából kevésbé tanulságos.

Az első korszak a **legis actiok** korszaka. Ez Iustinianus korában már csak jogtörténeti reminiscencia, ezért keveset is tudunk róla. Iustinianus institutioiban már nincs is említés *legis actió*k-ról, csak Gaiusból tudjuk azt a keveset, a mit rólok tudunk. Gaius előadása is azonban hézagos, mert már a *classicus* időben megszűnt a régi eljárás, és Gaius korában már a *formularis per* uralkodik. A *legis actio*k-ról azért röviden a következőket:

Azok az *actiok*, melyeket a régi *ius civile* adott, csak bizonyos *modus lege agendi*vel voltak érvényesíthetők. A *per*-forma nem volt alaktalan, hanem *gestusok*ban és szavakban *stricte* elő volt írva a törvény, és gyakorlat által. Ha valaki *actio*t akart érvényesíteni, kezdettől végig elő volt neki írva, hol, mikor, milyen szavakkal kell ezt a bíróság előtt érvényesítenie. Egy szó elvetése *perversitassé* tette a *per*-t. Gaius öt eljárási formát említ: *modus quinque lege agendi: legis actio sacramento, legis actio per iudicis seu arbitri postulationem, legis actio per conductionem, legis actio per pignoris capionem és legis actio per manus iniunctionem*. Ezen öt forma egyikébe kellett minden *actio*t öltöztetni, a mire *strict* szabályok voltak, a melyeket a *pontifex*, később a *praetor* igen jól tudott. Ezek közül a *legis actio generalis* a legfontosabb, t. i. az a *legis actio*, melyet használni lehet vagy kell, hacsak a szabályok kifejezetten más *legis actio* használatát nem rendelték el. Ez a *legis actio sacramento*. Ennél az eljárás abban állt, hogy ha A és B közt *pervita* támadt, akkor elmentek ketten a *magistratus*hoz (eleinte a *pontifex*hez), de nem azzal a kérelemmel, hogy ő döntsön, mondja meg, kinek van igaza, hanem a két fél előbb letett egy bizonyos összeget, *sacramentum*ot: 50, illetve 500 *ast* a *per*-tárgy nagyságához képest, és erre az összegre fogadtak, bizonyos előírt szavakkal: *cuius sacramentum iustum és cuius sacramentum iniustum sit*, a bíró pedig csak azt döntötte el, ki nyerte meg a fogadást. A ki a fogadást elvesztette, elvesztette a letétbe helyezett összeget, és a *per* is. Ez a fogadási összeg az egyház javára esett, talán innen a *sacramentum* név, később már az állam kapta. Ha tehát például arról volt szó, hogy A tartozik-e túrni, hogy B az ő telkén átjárjon, mert B azt állította, hogy neki az A telkén szolgálma van, vagyis a szolgálat kérdésében nem tudtak megegyezni, akkor elmentek a bíróhoz. (Bíró alatt tágabban a *praetor*t is értjük.) A *per* tárgya azonban nem az volt, hogy van-e B-nek szolgálma, vagy nincs, hanem az, hogy A nyerte-e meg a

fogadási összeget, vagy B? A szolgálat kérdését csak közvetve a fogadási kérdés eldöntésével döntötte el a bíró. Ez azért volt így, mert a régi korban az állam nem tartotta feladatának igazságot szolgáltatni a felek közt, és ez magyarázza azt is, hogy a bírák nem állami közegek, hanem választott laikusok voltak. Az már sokkal későbbi fejlemény, hogy az ítéletmondást állami feladatnak fogták fel.

Maga az eljárás, mely a *legis actio sacramentum*nál a *magistratus* előtt, tehát *in iure* végbement, Gaiusnál szóról szóra közölve van. Ha pl. A tulajdajoga alapján vindicált, akkor elmentek mind a ketten a praetorhoz, hol B, az alperes felperes *vindicatio*jával szemben: *hanc ego rem meam esse aio ex iure Quiritium*, szintén azt állította, hogy a dolog az ő tulajdona, azaz *contravindicált*. Ha ezt nem tette, már kezdetben elvesztette a pert. Mikor felperes igényét előadta, *festucat*, *vindicat*, pálczát tartott a kezében, és rámutatott vele a vita alapjául szolgáló dologra. E formaságok befejeztével felhívták a jelenlevőket a bíró előtti tanuságtételre: *testes estote*. Ezzel az ú. n. *litis contestatio*val a per tárgya fixirozva volt, és azért már a praetor átbocsátja őket a bírósághoz, a hol azonban csak bizonyos idő múlva jelenhettek meg. Hogy pedig a bíróság előtti megjelenést biztosítsák, erre ünnepélyes ígéretet kellett tenniük. A bíró előtti bizonyítás alkalmasint már ebben a korban is alakatlan, formához nem kötött volt.

Némelyek szerint ez a *legis actio sacramento* volt a legrégibb forma, mások szerint a *legis actio per manus iniectioem*. Erről már kevesebbet tudunk, mint a *sacramento*-ról. Az eljárás az volt, hogy felperes, a kinek már ítélete, vagy privilegisált, *nexum*-ból eredő követelése volt, alperest, az adóst, akár nyílt helyen is önhatalmúlag elfoghatta, hazavitte, privát fogságában tartotta, sőt ha ki nem váltották, *trans Tiberim* rabszolgának eladhatta, ha t. i. alperes ezt szó nélkül tűrte. Ha alperes ezt tűrni nem akarta, kifogásokat emelt, ellenkezett, akkor elmentek a praetorhoz. Itt felperes előadta a tényállást, és alperes csak a pertárgy dupplumának veszélyeztetésével védekezhetett (*manus iniectio pura*); vagy alperes egyáltalában nem védekezhetett, hanem elvesztette a pert, hacsak nem akadt valaki, a ki ügyét magáévá akarta tenni (*manus iniectio pro iudicato*). Ez volt a *vindex*, a ki szintén a dupplum veszélyeztetésével folytathatta csak a pert, még pedig előírt formaságok közt. Azt mondta t. i. felperesnek: *aio hunc hominem liberum esse*, azt állítom, hogy ez az ember nem szolgád. Ez közvetve (tehát ismét közvetett per) azt jelentette: neked nincs jogod ez ember ellen. A per most azon fordult meg, vajjon alperes *mancipium*ában van-e felperesnek, vagy sem, s ezzel közvetve dőlt el, vajjon tartozik-e alperes felperesnek, vagy sem. Itt is a per instrualása *in iure* foly, az ítélet, a *sententia* pedig *in iudicio* hozatik. Megjegyzendő azonban még egyszer, hogy ez a per csak

akkor volt alkalmazható, ha felperesnek erős bizonyítékai voltak, tehát vagy ítélet volt már ez ügyben (*manus iniectio iudicati*), vagy alperes már egyszer *in iure* bevallotta, hogy felperesnek igaza van, vagy bizonyos, erősebb, szigorúbb kikötés mellett (*damnas esto* szóval) kötött ügyletből (*nexum*) volt felperesnek követelése.

A többi *legis actionis*ról alig tudunk valamit. Különbö is *practicus* fontosságuk nagyon korán megszűnt.

41. §. A római *per* vázlata (folytatás).

A köztársaság vége felé fejlődik a **formularis *per***. Eddig a *litis contestatio* ünnepélyes eljárás volt, melyben maga a két fél constatálja tanuk jelenlétében, hogy mi volt az ő álláspontja a praetor előtt. Ha ebben a *litis contestatio*ban a peres fél csak egy betűt vétett is el, elvesztessé lett. A *per* fixírozás veszélyét tehát a két fél viselte, nehézségét is a két fél érezte. A formularis *per*ben a *per* fixírozása már nem a két fél által történik, hanem maga a magistratus, a praetor végzi. S míg eddig a felek szóbelileg fixírozták a *per*t, addig a praetor írásban tette ezt, és ezt az írást kiadta felperesnek, hogy ezzel menjen a bíróhoz. A praetor az *in iure* eljárást tehát azzal fejezi be, hogy miután az eljárásban megtudta, hogy mit allegál, mit kíván a felperes, és hogy alperes mily alapon akar védekezni, — ő ezt egy mondatban összefoglalva leírja. Ez a mondat azt tartalmazza: Ha a felperes által tamasztott igény támogatására felhozott tények igazak, akkor te bíró marasztald el alperest, ellenkező esetben mentsd fel.“ Ezzel a *pör* el is volt döntve, mert a bíró feladata csak az volt, hogy felperes állításainak igazságát vizsgálja. Tehát minden *in iure* eljárás befejezése a bíró írása, a formula volt, mely így hangzott:

Titius iudex esto (vagy X, Y, Z arbitri, recuperatores sunt). Si paret (ha azt látod, hogy) Auli Aggerii (ez mindig a felperes) ilyen és ilyen *iuris* esse; vagy más feltétel: si paret Numerium Negidium (ez az alperes) facere oportere, — (akkor index) Numerium Negidium condemna; si non paret, absolve.

Ez a formula az egész római jognak a gócpontja. A rómaiak nagyobb mesterművet nem fejlesztettek ki, mint ezt a kis mondatot. Elemezzük ezt a formulát. Nyelvtanilag a formula összetett mondat, melyben a főmondat: *condemna*, illetve *absolve*. Ez a főmondat bővítve van egy feltételes mellékmondattal, a mely magában foglalja felperes igényét, jogállítását. Ennek a feltételes mondatban foglalt jogállításnak kell a bíró előtt bebizonyulnia. A formulának ez az első fele, ez a feltétel, az *intentio*, a másik fele, a praetor parancsa a bíróhoz, azaz a főmondat: a *condemnatio*. Az *intentio* azonban nem szól mindig úgy, hogy felperes jogállítását tartalmazza, nem mondja pl. „ha te bíró azt látnád, hogy a ló a

felperes tulajdona, akkor stb.“, hanem gyakran másképp szól: „ha te bíró azt látnád, hogy igaz az, hogy felperes ezt a lovat X-től megvette és tőle traditio útján szerezte, akkor stb.“ Ez utóbbi esetben felperes nem jogra, hanem egy tényalapra hivatkozik, az intentio nem jog, hanem tényállítást tartalmaz. Voltaképen a kettő csak egy, mert ha valaki valamit megvett és traditio útján átvett, akkor az az ő tulajdona. Mégis a jogállítás esetén jobban áll a felperes. Mert ha tulajdonára hivatkozik, tekintetbe jönnek az összes tulajdonszerzési tények és bármelyiket bizonyíthatja, ellenben ha a vételre és átadásra hivatkozik, csakis ez jön tekintetbe a bíró előtt. A szerint, a mint az intentio tény vagy jogállítást tartalmaz, ered a formulák, és így az actiok osztályozása két csoportra: *actiones in ius conceptae* és *actiones in factum conceptae*. Első esetben a condemnatio jogtól, a másodikban ténytől van feltételezve. (A mai kereseteket, bár formulák ma már nincsenek, mi in factum szoktuk formulázni, de lehetnek ma is in ius keresetek is.) Praetor ius facere non potest, a jogot csak a lex és a consuetudo adja. Ha a praetor in ius intentio alapján akart condemnáltatni, csak oly jogra való hivatkozást fogadhatott el, melyet a ius civile elismert. Ha azonban felperes nem ily jogra akar hivatkozni, akkor a praetor csak in factum actiot adhat. A ius civilebeli jog védelmére adhat tehát úgy in ius, mint in factum actiot. Az actio in ius tehát *actio civilis*, az actio in factum lehet *actio civilis* és *honoraria*.

Ez alól vannak kivételek: az *actiones utiles*. A praetor nem szívesen hozott be egészen új formulákat, ő reformálta és gyökereiből felforgatta az egész római jogot, de nem tette nyilvánosan, dobszóval, hanem lassan és csendesen. A mennyire lehetett megtartotta a maga civilis actióit, melyeknek formuláit blankettszerűen készen tartotta. Előfordult azonban, hogy valaki oly igényt támasztott, mely nem egészen quadralt az actio civilissel. Pl. jött a felperes, és azt mondta: ez a dolog az enyém, mert megvettem, és át is vettem, adja ki tehát nékem az alperes, a kinél ez a dolog most van, erre a célra pedig kérem a rei vindicatio nevű formulát, mely úgy szól: Si paret rem Auli Aggerii esse stb. Ezzel felperes vesztett volna, mert a meg- és átvevés nem civilis jogszerző tény. Azért a praetor ezt a rei vindicatio formulát modernisálta, utilisálta, kissé változtatott rajta. Kérdi a felperestől: mikor vetted ezt a rabszolgát? feleli pl.: tíz hónapja. (Ha 12 hónapja birtokolta volna, akkor elbirtokolta volna, a mi civiljogi jogszerző tény, melynek alapján a rei vindicatio megilletné). Erre a praetor a formulát így állítja ki: Te bíró, ha te arra az esetre, ha ezt a dolgot a felperes már 12 hónapja bírná, úgy látnád, hogy ez a felperest illeti, akkor a jelen esetben is marasztald el az alperest ennek a dolognak a kiadásában (Publiciana actio). A praetor tehát nem ad ilyenkor új keresetet, formulát, csak közbe szúr egy módosító mondatot, melyben fictióval él: tekintse a bíró az egyik tényállást olyannak, mintha

a másik történt volna meg. Ez az *actio utilis*, az eredeti *ius civile*beli *actio* (ú. n. *actio directa*) alapján és abból készült *actio honoraria*, hisz *ius honorarumbeli* tulajdonszerző tény védelmére szolgál, és mégis *in ius* van concipiálva, *in ius concepta actio* mintájára készült. Az *actio utilis* persze lehet *in factum* is, ha *in factum directa actio* utilizálása. (Kajuch ezzel eltérően adja elő az *actio*ok tanát. Szerinte az *in factum actio* összeesik a *honoraria actio*val, ezzel szemben minden *actio civilis actio in ius concepta*. Ennek megfelelően az *actio utilis* (és annak fentebb említett faja: *actio fictitia* is) szerinte mindig *actio in factum*).

A formula második része a *condemnatio*. A bírónak abban kell marasztalnia, a mit neki a praetor a *condemnatio*ban meghagy. A praetor pedig vagy bizonyos összegben való elmarasztalást rendelhet, vagy beszélhet úgy is, hogy „te bíró, marasztald el alperest annyiban, a mennyiben ezt az embert az eset körülményeihez képest el kell marasztalnod.” Tehát kétféle *condemantio* van: *condemnatio certi*, hol meg van határozva, hogy *quid*, *quale* és *quantum* tekintetében miben marasztaljon el a bíró, és *incerti*, a hol nincs meghatározva. És ehhez képest van *actio certi* és *incerti*. A *condemnation*nak *incerta* volta már az *intentio*ban nyer kifejezést. Ilyenkor a formula így szól: Minthogy felperes és alperes közt *depositum* jött létre, mint a miről meg fogsz győződni, hogy alperes tényleg tartozik-e ez alapon, *quid quid ob eam rem Numerium Negidium praestare oportere ex bona fide, in tantum condemna*. Ilyenkor tehát az *intentio* nem kezdődik ezzel a szóval, hogy *si paret*, hanem azzal, hogy *quid quid*. A *stricti iuris actio*, a régi *ius civile*beli *actio* csak *certumra* megy. Az *incerta actio* a későbbi jog fejlődésén, a *bonae fidei negotium*okból fejlődik, innen neve is *bonae fidei actio*. Ezek a *bonae fidei negotium*ok olyan ügyletek, a melyeknél a felek nem kezdettől fogva kötik ki, hogy az egyik a másiknak mivel, mennyivel fog tartozni. mint ez történik a *stipulationál* (*verbalis obligationál*), *mutuumnál* (kölcsonnál), vagy ma a váltónál. A *bonae fidei negotiumnál* az ügylet megkötésénél nem lehet tudni, hogy a felek mivel, mennyivel fognak egymásnak tartozni. Elismertetik ugyanis a *bonae fidei negotiummal* egy csomó körülmény pl. késedelem, culpa, commodum stb., melyek a szolgáltatás tárgyára mind módosítólag hatnak. Mivel fog tehát alperes felperesnek tartozni, azt a praetor előre nem tudhatja, és azért átengedi a bírónak ennek megbecsülését. Hozzáteszi azonban a formulában, hogy a bírónak *ex bona fide* kell ezt megbecsülnie, nem kénye-kedve szerint (*clausula bonae fidei*). Minden *bonae fidei negotiumból* eredő *actio actio incerta*. (Épen azért, mert a praetor a *bonae fidei actio*knál a per eldöntését a bíróra bizza, a *bona fide*ssel nem tartották megegyeztethetőnek, hogy alperes a maga *exceptio*it csak a praetor előtt hozhassa fel. Innen az a szabály, hogy ilyen perekben alperes a maga *exceptio*it a bíró előtt is érvényesítheti. Hogy

azonban az az elv, hogy excipiálni a praetor előtt kell, ez által meg ne czáfoltassék, a rómaiak azzal a fictióval éltek, hogy alperes a maga exceptioit már a praetor előtt hallgatólagosan érvényesítette: Exceptio doli bonae fidei indiciis tacite inest.)

Az incerti actionál az intentio ezzel a szóval kezdődik: *quid quid* (bármivel tartozik alperes a méltányosság szerint, annyira marasztald el). Ilyenkor az intentioban nincsen megnevezve a jog vagy tényalap, hogy mi alapon is tartozik alperes. Ezért az intentiot meg kell előznie a formulában egy mellékmondatnak, mely a jog vagy tényállítást tartalmazza. Ez a *demonstratio*, a melynek tehát csak incerti actioban van helye. *non est in bonis in rem*.

A római perre jellemző, hogy az csak pénzbeli marasztalást ismert: *Omnis condemnatio debet esse pecuniaria*. Ha felperes dolgot követelt, a bíró nem a dolog szolgáltatásában marasztalta el alperest, hanem a dolog értékében, és ha alperes ezt az összeget megfizette, akkor a dolog ius civile szerint már az övé. E szerint minden római per kisajátítási per, expropriatio, de nem a felperes, hanem alperes javára. Ez felperesnek sokszor kellemetlen. Ő nem akar pénzt, ő minden áron a dolgot akarja. Ennek elérésére is ad a római per módot, melylyel tehát felperes naturalis szolgáltatást kaphat. Felperes, hogy ezt elérje, a praetortól oly formulát kér, melyben a praetor a iudexnek meghagyja, hogy a condemnatio előtt *arbitratust*, közbenszóló birói végzést, bocsásson ki, melyben elrendeli, hogy alperes in natura adja ki a dolgot. Csak ha ennek az arbitratusnak nem tesz eleget alperes, marasztalja el őt a bíró az elvnek megfelelően pénzben ugyan, de nem a dolog igazi értékében, hanem oly összegben, melyre felperes megesküszik, hogy ennyiért nem adta volna azt, hogy a dolgot megkapja (*iuramentum Zenonianum*, mely in iudicio tétetvén *iuramentum in litem*). Minthogy pedig a római felperesek ilyenkor szőrnyű összegekre esküdtek, alperesek inkább kiadták magát a dolgot in natura. Arbitratus a bíró által kibocsátott végzés, de arbitratusnak nevezzük a formula azon részét is, melyben a praetor megadja a bírónak az engedélyt az arbitratus kibocsátására (*clausula arbitraria*). Az ilyen arbitratussal bővült formula a *formula arbitraria*, ennek megfelelőleg az actio is *actio arbitraria*. (Actio arbitraria alatt tágabb értelemben minden oly actiot értünk, melynél az in iudicio eljárás nem iudex előtt, hanem tres arbitri előtt folyt. Ilyenek voltak pl. a divisorius perek.)

Ezen kívül lehet a formulának még egy része: az *adiudicatio*. A bíró rendesen csak declarálja, hogy quid iuris a felek közt, kit illet és hogy áll a vitás jog. Ha azonban többen vannak, kiké valamely dolog vagy vagyon, és ezek osztozkodnak, akkor a bíró nem meglévő jogot declaral, hanem constitutiv ítéletet hoz. új jogokat teremt. Az egyiknek constitual tulajdont, a másiknak szolgalmat, és természetesen esetleg condemnál is. Hogy azonban új jogokat létesítsen, szüksége van a praetor engedélyére. A formulának

azt a részét, a melyben a praetor a bírónak ezt megengedi; az adiudicatio. De adiudicatio jelenti a bírónak azt a cselekvését is, hogy új jogot teremtsen. Adiudicatio csak az osztóperekben fordul elő, Ezek az actio communi dividundo inter condominos, actio familiae heriscundae inter coheredes, actio finium regundorum inter vicinos.

Demonstratio, intentio, condemnatio, adiudicatio a formulának rendes alkotó részei, mert minden formulában ezek közül legalább egynek elő kell fordulnia. Vannak formulák, hol mind a négy alkotó rész előfordul, ilyenek az osztóperek. Vannak perek, hol csak intentio van, minden egyéb hiányzik; ezek a *praeiudicialis keresetek* pl. a status perek, mikor felperes csak a pronuntiatot kívánja, hogy ő, vagy esetleg más valaki római polgár. Olyan kereset, melyben intentio ne volna, nincsen.

A formulának lehetnek ezenkívül rendkívüli alkatrészei is: az exceptio és praescriptio.

Exceptio = kivétel. Mert kivétel van ez esetben az alól, hogy a bírónak el kell marasztalnia, ha igaz az, mit felperes állít. A formula, melyben exceptio van, így szól: te bíró, arra az esetre, ha az intentiot valónak találád, marasztald el alperest, kivéve azt az esetet, ha netalán tán az alperes által felhozott körülményt is igaznak találád. Mert ha ez utóbbi igaz, akkor ne marasztald el alperest, még ha az intentio valónak bizonyúlna is. Az exceptioban érvényesítendő ténykörülmény kivétel a formula condemnationalis részében foglalt marasztalási parancs alól. Hogy mit lehetett excipiendo felhozni, arra más volt a válasz az *in ius concepta actional*, más az *in factum*nál. Erről azonban már részletesen szólottunk.

Praescriptio a formula elejére irt megjegyzése a praetornak, melyben azt hagyja meg a bírónak, hogy mielőtt az intentio igaz voltának kutatásába bocsátkoznék, vizsgálja meg, vajjon a praescriptioban felhozott tények igazak-e. Ezek a tények vagy alperesnek szolgálnak javára: *praescriptio pro reo*, vagy felperesnek: *praescriptio pro actore*.

A formula vagy oly jog védelmére szolgált, mely mindenki ellen fordul, tehát absolut jog védelmére, akkor *actio in rem* (régében vindicatio; si paret Auli Aggerii ius esse), vagy kötelmi jog védelmére, *actio in personam* (régében condictio; si paret Numerium Negidium Aulo dare oportere). Actio in rem formulájában alperes neve nincs benn, in personamnál benne van. A kettő egyesül az actio divisióriában, mert ott a bíró úgy dologi mint kötelmi jogokat constituálhat. A római jogban a kiinduló pont az actio in personam. Ez kötelmi jogból eredő actio, ezzel szemben minden egyéb jogból eredő actio: actio in rem. Ma fordítva van. A mi perrendünk felsorolja a dologi kereseteket, minden egyéb actio ma személyes kereset. A római in rem actio vagy *actio in rem specialis*, ha egyes dologi jog védelmére szolgál, vagy *actio in rem de universitate scilicet generalis* pl. az örökjogi keresetek. A kö-

telmi keresetek régi neve *condictio* volt. *Condictio* alatt *stricti iuris in personam actiot* értettek, mely vagy *condictio certi*, ha határozott pénzösszegre irányul (ezt a *lex Silia* hozta be) vagy *condictio triticaria*, ha más határozott dolog volt a per tárgya, behozta a *lex Calpurnia*). Ezzel szemben később kifejlődött a *condictio incerti*, a mely már nem irányul certumra, de még mindig legalább *in ius van concipiálva*: si paret Numerium dare, facere oportere. Ilyen *conditiones incerti* a *conditiones sine causa* (l. a kötelmi jogban). *Condictio* támadt *stricti iuris negotiumból* pl. *mutuum*-, *stipulatióból*, támadt továbbá *legatumokból*, *jogtalan gazdagságból* és oly törvényekből, melyek új *in personam actiot* hoznak be, a nélkül, hogy megneveznék. Átmenet az *actio in rem* és *in personam* közt az *actio in personam in rem scripta*, pl. az *actio quod metus causa*, kötelmi jogból származó kereset, mely mindenki ellen megindítható.

A szerint, hogy ki indíthatta meg az *actio*kat, megkülönböztettek *actio popularis*t, melyet, közérdek védelmére lévén rendelve, minden római polgár megindíthatott, és *actio privatus*t, melyet csak a sértett fél emelhetett. A *popularis action*ál a büntetési összeg, ha ezt a keresetet a *ius civile* alapította, az államnak jutott, ha pedig a *praetor* hozta be, pl. az *actio sepulcri violati*nál a panaszos kapta.

Az elévülési idő szerint szólunk *actio perpetua* és *temporalis*-ről.

Az *actio*knak egy *specialis* faja az *actiones vindictam spirantes*, azaz keresetek, melyek a panaszoson, felperesen elszenvedett személyes sértésért, jogtalanságáért vannak hivatva elégtételt adni. Ilyen az *actio iniuriarum*, *actio sepulcri violati*, *actio de effusis et eiectis*, *actio in factum* (eius,) *qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre*, *actio de calumniis*, *querela inofficiosi testamenti*, és hálátlanság esetén az ajándéknak visszaszolgáltatására irányuló *actio*. Az *actiones vindictam spirantes* sem a sértő, sem a sértett örököseire ki nem terjednek, de a *litis contestatio* után ezekre is kiterjeszthetők.

Actio simplex, hol az egyik fél felperes, a másik alperes, és a hol csak alperes marasztalható el, felperes pedig legfeljebb elutasítható. *Actio duplex*, hol névleg ugyan az egyik felperes, a másik alperes, de mind a kettő elmarasztalható, tehát tényleg mindkettő felperes is, alperes is, pl. a *divisorius* perek, a *legis actio sacramento*, hol mindkettő tulajdonjogát, az *interdictum retinendae possessionis*, hol mind kettő birtokát állítja. Ezzel össze nem tévesztendő az *actio directa* és *contraria* felosztás, mely bizonyos kétoldalú, de nem visszatérő szerződéseknél (*mandatum*, *depositum*, *commodatum*, *pignus*) fontos. Ott a szerződés alapján való hitelező keresete *actio directa* (*depositi* stb.), az adósnak ellenkeresete bizonyos költségek fejében *actio contraria* (*depositi* stb.) Ez utóbbiban az előbbipernek alperese a felperes, de nem egy perben, nem egy *actio*ban alperes is, felperes is, a mint az az *actio duplex*nél van.

Actio famosa oly kereset, melynek következtében az elmarasztalt alperes infamiába esett. (Persze infamia immediataba, hisz bírói ítélet alapján lett famosus, holott infamia mediata az, amit saját cselekménye, életmódja okoz). Ilyen keresetek az ú. n. *contractus famosus*ból eredők: *actio mandati directa*, *pro socio*, *depositi directa*, *tutela directa*, továbbá az *actio furti*, *rapinae*, *iniuriarum*, *doli specialis*, *sepulcri violati*. *Actio famosa* helyett néha a kiméletes felperes csak *condictio*t indított, ha nem akarta, hogy alperes infamiába essen.

Actiones adiectitiae qualitatis oly keresetek, melyekkel valaki a nem ő általa, hanem fia, rabszolgája, üzletvezetője, hajókormányzója által kötött ügyletekből köteleztetik. (L. kötelmi jog.)

Interdicta eredetileg parancsok voltak, melyeket a praetor adott ki egyik fél kívánságára a másik fél ellen az alapul szolgáló tényállás vizsgálata nélkül. Ezek csak az esetben vezettek a rendes peres eljáráshoz, ha az, kihez a parancs intézve volt, ellentmondott, vagy nem engedelmeskedett. Az *interdictum*okat később a harmadik korszakban már *actio*k pótolják.

Diocletianus óta, tehát a keresztény császárok uralmától kezdve a formula is megszűnik. Vele megszűnt az addigi rendes eljárás: az *ordo iudiciorum privatorum*, melyet a *litis contestatio* két részre: *in iure* és *in iudicio* eljárásra osztott. Ezután már a per kezdettől végig a bíró előtt foly le. Ennek a pernek a neve ellentétben az előbbivel *extraordinaria cognitio*, az e korban indított keresetek, melyek tehát egy bíró előtt tárgyalattak végig, az *actiones extraordinariae*, ellentétben a kettéosztott perben tárgyalt *actiones ordinariae*vel. Az *interdictum*ok helyébe lépő *actio*k pl. szintén *actiones extraordinariae* voltak.

De a *formularis* pernek csak a formái szűntek meg, nem a tartalma. A *litis contestatio* és ennek a pert ketté vágó hatása, a *sententia* és ennek hatása még a mai perben is megvan.

42. §. A per magánjogi hatásai.

A) *A perindítás*. Az igény természete határozza meg a pert, de a per maga is visszahat az igényre. A perbeli cselekmények következtében az igény tartalmilag megváltozik. Főleg két pertény az, melynek fontos hatása van az igényre: a *per kezdete* és az *ítélet*. A pertényeknek természetesen perjogi, közjogi hatásaik is vannak, ezek azonban nem tartoznak ide. A pernek magánjogi hatásai főleg annak a helyes elvnek köszönik eredetüket, mely azt kívánja, hogy per hiába ne legyen, ugyanarról a dologról két vagy több helyen ne legyen per: *bis de eadem re ne sit actio*. A perapparátust senki se vegye hiába igénybe, hanem csak akkor,

ha szükséges, az egész kérdés egy helyen, egy időben tárgyaltságok. A római jog ezt úgy érte el, hogy kimondta, hogy igényt csak egyszer lehet érvényesíteni, az *actio*val egy ügyben csak egyszer lehet élni, az egyszeri alkalmazás esetén *consumálódik*, elenyeszik. Az elv illetően keresztülvitelének azonban roppant hátrányai vannak. Hiánya volt e szabályozásnak egyebek közt, hogy lehetetlenné tette a perújítást, lehetetlenné tette nemcsak akkor, ha *exceptio peremptoria* alapján utasították vissza felperest, hanem *exceptio dilatoria*, halasztó *exceptio* esetén is. Tehát ki volt zárva a perújítás még oly esetben is, mikor alperes az igény érvényesíthetőségét csak jelen körülményekre való tekintettel tagadta, holott ha felperes a körülmények megváltoztát bevárta volna, ha pl. később perelt volna, alperest el kellett volna marasztalni. Ha egyszer felperest ily *exceptio dilatoria* alapján a bíró keresetével visszautasította, hiába jött aztán olyankor, mikor alperes ezt az *exceptio*t már nem hozhatta volna fel. Egy másik hibája ennek a rendezésnek pl. az volt, hogy ha felperes nem az egész követelését érvényesítette keresetében, hanem csak egy részét, a többit, a maradékot többé nem érvényesíthette. Ha a római felperes igényét egyszer érvényesítette, az *consumálódott* egészen és egyszer s mindenkorra. Ha mindazonáltal újból akarta volna az egyszer már *consumált* igényét érvényesíteni, alperes az *exceptio rei iudicatae*, (ha t. i. már ítéletet is hoztak az első perben) *vel in iudicium deductae*-vel visszautasíthatta. Keller (Römischer Civilprozess) azt állítja, hogy ez két külön *exception*nak tekintendő, holott alapjában csak egy. Iustinianus az *exceptio rei in iudicium deductae* hatását megszüntette, és kétséges vajjon nem tette-e ezt az *exceptio rei iudicatae*vel is annak negatív funkciójában. Az *exceptio rei iudicatae*nek t. i. pozitív és negatív funkciójáról beszélnek. Negatív funkciója az, hogy pergátló kifogás, t. i. útját állja az újabb pernek csak azért, mert már az igény egyszer *consumálódott*, útját állja tekintet nélkül arra, vajjon a bíró az újabb per esetén ugyanazt az ítéletet hozná, a melyet az első alkalommal hozott volt, vagy mást. Pozitív funkciója pedig az, hogy igénytagadó kifogás, megengedi ugyan az újabb pert, de a bíró az új ítéletben csak ugyanazt mondhatja ki, a mit már az első ítélet is tartalmazott. Pozitív formájában tehát az *exceptio rei iudicatae* csak az előbbi ítélet tartalmának, negatív funkciójában a per *consumáló* hatásának érvényesítése. Ez utóbbi funkciója az, melyet Iustinianus valószínűleg megszüntetett, bár az uralkodó nézet szerint csak a középkorban vesztette el ezt a hatását. Nem vesztette el azonban pozitív funkcióját t. i. azt, mely abból az elvből indul ki, hogy egyik fél sem helyezkedhetik hatályosan a már egyszer hozott ítélettel ellenkező álláspontra. Iustinianus óta már nem áll az a régi elv, hogy a perbe vitt igény a perbevétel által *consumálódik*. Ma sem a perindításnak, a *litis contestation*nak, sem, mint egy másik nézet tartja, a bírói ítéletnek

nincs meg már a régi hatása, az anyagi *consumptio*. Ennek helyébe egy tisztán perjogi intézmény lépett az *exceptio litis pendentis*. Mindaddig, míg az igény alapján indított egyik per függ, ugyanazon igény alapján másik pert megindítani nem lehet. Ennek az anyagi *consumptio*hoz semmi köze nincs, és ez nagyon *practicus*. Mert ha 1000 frt tartozásból csak ötszázat pereltem be, az 500 frt megítélése után a hátrálékra újabb pert indíthatok, míg Iustinianus előtt ezt nem tehettem volna. Ma tehát csak *exceptio litis pendentis* van. Kérdés már most, mikor mondható a *lis pendens*nek, más szóval, mikor mondható a per megindítottnak. Erre a különböző korokban különböző a felelet.

A régi római per alapgondolata tudvalevőleg az, hogy a bíró csak azért ítélhet, mert a két fél aláveti magát neki. A felek mintegy szerződést kötnek a bíróra nézve, *iudicio contrahitur*, a minek ma körülbelül a választott bíróság felel meg. A per tehát akkor kezdődik, mikor a két fél a bíróra nézve megegyezett, mikor a szerződés létrejött. Ez a *litio contestatio*val jön létre, a jelenlevőknek tanúkul való felhívásával. A *litis contestation*nak a *formularis* perben a formula kiadása felel meg, a per meg van tehát indítva, ha a praetor a formulát kiadja, mert ez tartalmazza a per tárgyának megjelölését. Az *extraordinarius* perben a per tárgya csak alperes érdemleges válaszának, elleniratának beadása által van constatálva. Hisz mielőtt alperes be nem adta a maga elleniratát; nem tudhatni, nem ismer-e be. Ha alperes beismer, nincs per, és azért formulát is csak arra vonatkozólag adott ki a praetor, mire nézve alperes *in iure* nem ismert be. Az *extraordinaria cognitio* idején tehát a per az ellenbeszéd és ellenirat beadásakor indul meg. Így alperes kezébe volt adva, hogy bizonyos tág határok közt a per megindítását, a *litis contestatio*t, hálaszsza, a mi felperesre nézve káros lehetett, pl. az igény elévüléséhez vezethetett. Ezért a későbbi praxis a per kezdetének bizonyos hatásait nem az ellenirat beadásához, hanem már a kereset indításához fűzte. A mi perrendtartásunk szerint az egyik legfőbb hatás, a kereset elévülésének megszakadása már a kereset beadásához fűződik. A kereset beadását tekinteni a per megindításának, ez ma általános és *de lege ferenda* igen üdvös.

A per megindításának már most mi a hatása? Római jog szerint a *litis contestatio* először is a perbeli *consumptio*t idézte elő, másodszor a megszűnt igény helyébe ú. n. *perobligatio*t szült (*novatio necessaria*), melynek értelmében alperes köteles magát a bírói eljárásnak alávetni: *ante litem contestatam reum dare oportere, post litem contestatam condemnari*. Az igény megszűnést az újabb perben alperes kívánságára, tehát csak *exceptio* alapján vehette tekintetbe a bíró, ellenben a régi *legis actionalis* eljárásban és később a *formularis* perben az ú. n. *iudicium legitimumban* (l. Kajuch 164.) az *actiones in personam* esetén a *litis consumptio ipso iure*

hatott, a bíró hivatalból vette figyelembe. A *litio contestatio* pillanata továbbá mérvadó arra, elmarasztalandó-e alperes és menyire? Felperes azt követelhette, s alperes arra volt kötelezendő az ítéletben, bár mikor hozatott is az meg, a mire felperesnek a *litis contestatio* idején volt igénye. Ez fontos, mert ha pl. a *litis contestatio* idején volt igényem, de az a per folyama alatt megszűnt, alperes az elvnek megfelelően mégis el volna marasztalandó. Ez ma is az elv, a marasztalás tárgyára ma is a kereset beadása, a perindítás az irányadó. Az anyagi elv a min az egész alapszik, az, hogy a pernek szükségszerű továbbterjedése, soká tartása miatt egyik fél se nyerjen, egyik se veszítsen, ezt akarták keresztülvinni, de nem sikerült teljesen. Pl. a sabinianusok szerint, ha a per folyamán az felperes igénye megszűnt, alperes még a *stricti iuris* perekben is felmentendő: *omnia iudicia debent esse absolutoria*, és csak a proculianusok ragaszkodtak hozzá, hogy alperes a *stricti iuris* iudiciumokban az esetben is elmarasztalandó.

Az alól, hogy a marasztalás kérdésében a *litis contestatio*, ma a kereset beadása, a döntő, vannak kivételek. Ezek a következők:

1. A jognak ugyan, melyre felperes keresetét alapítja, fenn kell forognia már a perindításkor, már akkor kell, hogy megillessen felperest, de a jogellenesség és ennek alapján az igény később is származhatik, nem kell, hogy már a perindításkor is meglegyen. Pl. felperesnek tulajdonjoga van, de dolga a perindításkor még nincs alperesnél. Ez mégis el fog marasztaltatni, még ha csak a per folyama alatt került is hozzá a dolog, és így csak ekkor támad e jogellenesség alapján felperes igénye. Ha felperes követelése a perindításkor még nem járt le, alperes mégis elmarasztaltatik, ha időközben vált esedékessé, tehát ha időközben szülemllett meg az igény (18. számú döntvény). Felperes csak az esetben fog visszautasíttatni, ha a perindításkor joga sem volt.

2. Ha a per tárgya a per folyamán per casum egészben vagy részben tönkremegy, elvész, akkor az alperes a tönkrement rész erejéig felmentendő, kivéve, ha az anyagi jog. a pozitív jogszabály ezért is felelőssé teszi. Ilyen az eset pl. rosszhiszemű alperesnél, ki casusért is felelős, kivéve, ha be tudja bizonyítani, hogy ez a casus a dolgot felperesnél is érte volna.

3. Ha a per tárgya a per folyamán alperes érdeme, közreműködése nélkül, tehát nem ex negotiatione, hanem ex re a maga természete folytán gyarapodott (*lucrum, commodum ex re, omnis causa*), alperes ezt is köteles marasztaló ítélet esetén kiadni. Szóval köteles a dolgot annak minden civilis nagyobbodásával, fructusával együtt, rem cum omni causa, kiadni. Ha ez a gyarapodás, ez a *commodum* alperes működéséből, ex negotiatione származik, akkor nem követelhető, legfeljebb mint *lucrum cessans*. Ilyen okvetlenül kiadandó *lucrum ex re* pl. pénzkövetelésnél a perkamat, a perindí-

tástól a végrehajtásig folyó kamat Ezt nem lehet késedelmi kamatnak tekinteni, nem lehet mondani, hogy alperes az által, hogy a felperes keresetére a pénzt rögtön meg nem fizette, késedelembe esett, hisz ő lehet optima fide. A perkamat tekintet nélkül a késedelemre, és tekintet nélkül a rosszhiszeműségre jár, az egyszerűen járuléka a tőkének. Nálunk a törvény fixe meg meg is állapítja 5⁰/₁₀-ban.

4. Oly követelés, mely eredetileg át nem örökíthető akár alperes részéről (actio poenalis), akár felperes részéről (actiones vindictam spirantes), a perindítás után átörökíthetővé lesz.

5. Az elévülés a perindítással megszűnik, megszakad.

6. A római jogban (de általában csak Iustinianus óta) meg van tiltva, a per tárgyát, a res litigiosat tovább adni, a követelést cedálni. Felperes oldalán már a legrégibb időben is tilos volt potentiorra cedálni, alperes oldalán a továbbadás tilalma csak későbbi keletű. Ma nincs megtiltva egyik oldalon sem. De ma nem is jár ez a cessio, ez az átruházás azzal a hatással, melylyel az régebben járt. Ma a per tovább folyik a felek közt, mintha még felperest illetné a jog, illetve a dolog még alperesnél volna (fictus possessor). Csakhogy az elutasító vagy elmarasztaló ítélet a successor ellen is érvényesíthető exceptioval, illetve executioval.

res litigiosa
nem volt tovább
adható.

E hat esetben tehát nem a perindítás idején fennálló állapot a döntő, hanem későbbi, a perindítás és sententia közti idő.

43. §. A per magánjogi hatásai (folytatás).

B) *Az ítélet.* Az ítélet célja az, hogy a bíró a másodnormát declarálja, melyet a jogellenesség maga után von. Erre a célra a bírónak meg kell győződnie arról, vajjon tényleg történt-e jogellenesség, van-e igény. Erre a bizonyítás szolgál.

(Bizonyítani annyit tesz, mint a bíró előtt felhozott állítások igazságát beigazolni. Bizonyítani csak fontos, és vitatott tényállításokat kell. Jogtételeket nem kell bizonyítani, hiszen iura novit curia, csak oly esetben, ha tudásukat a bírótól követelni nem lehet pl. külföldi jogról lévén szó. Nem vitatható tények nem szorulnak bizonyításra. Ilyenek a beismert, vagy hivatalos eljárással beigazolt tények, továbbá a praesumptio iuris és de iureval támogatott tények, végül a felek által nem vitatott tények. Bizonyítani az tartozik, ki a hivatkozott tényt felhozta: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat, felperes tehát a kereset, alperes az exceptio alapjául szolgáló tényeket, (reus in exceptione actor est). Fontos bizonyítási eszközök szem- és egyéb tanuk, szakértők, okiratok és eskü. Római jog szerint csak szabadok lehettek tanuk. Kihallgatásuk előtt esküt kellett tenniük (iusiurandum promissorium), hogy igazat fognak vallani, és nem a iudex, hanem a rá hivatkozó fél hallgatta ki őket. A tanúskodás csak mancipationalis és más sollemnis ügyleti tanukra nézve volt kötelező, Iustinianus óta mindenkire. Fontos

affirmatio; a negatio...

bizonyító eszköz még az eskü. Ez lehet *iusiurandum promissorium*, ha a tanú arra esküszik, hogy vallomása igaz lesz, és *assertorium*, ha maga az eskü tartalmazza a bizonyítandó tényt. *Iusiurandum suppletorium*, ha az eskü a bizonyítékok pótlására szolgál, *surrogatorium*, ha a bizonyítékok megerősítésére irányul. Végül lehet a perbeli eskü (*iusiurandum iudiciale*) *voluntarium*, ha a felek kínálják fel egymásnak, vagy *necessarium*, ha a bíró itéli oda akár *suppletorius*, akár *purgatorius* minőségben. A római per kettéosztottsága az eskünek két fontos fajára vezetett: *iusiurandum in iure delatum* és *in iudicio delatum* vagy *in litem*. A praetor előtt letett eskünek perszüntető hatású volt, megszüntette a pert ítélet nélkül, tehát nem bizonyító, hanem ítéletpótló eszköz. A bíró előtt letett eskü ellenben csak bizonyíték, mely az ítéletet nem teszi feleslegessé, és a bírótól függ, milyen fontosságot tulajdonítson neki.)

Ha a bíró ezek alapján bebizonyítottanak veszi a jogellenséget, akkor a másodtétel *ipso iure* áll be, a bíró nem új jogot teremt, hanem csak kijelenti a már meglevő tételt. Ezt úgy szokták kifejezni, hogy a birói ítéletnek csak *deklaráló hatása* van. Kivétel ez alól az az eset, mikor dispositív jogszabály a bírót új jogszabály statuálására jogosítja. Ez esetben a birói ítélet *constitutív hatású*. A practicus életben gyakran megesik az, hogy a bíró más esetben is akár tévedésből, akár rosszakaratból nem azt a másodnormát mondja ki az ítéletben, melyet az objectív jog rendel, hanem mást. Ez esetben *declarativnek* mutatkozik az ítélet, holott valójában *constitutív hatású*. Ilyenkor is kénytelenek vagyunk az ítéletbe bele-nyugodni, mert az ítéletnek a célja nem annyira az, hogy a jogot az igazságot mondja ki, hogy lelket adjon a jogrend parancsának, hanem az, hogy véget vessen a pernek. A helytelennek gondolt ítélet ellen vannak ugyan jogorvoslatok, de ha ezeket is kimerítették a felek, akkor a per végképen el van döntve. Ennél fogva a helytelen, a kifogásható ítélet is a perorvoslatok kimerítése után végkép jogerős (*sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest*) és *pro veritate habetur*. Ezt Savigny úgy fejezi ki, hogy az ítélet mellett az igazság *fictioja* harczol, az közömbös, hogy tényleg megfelel-e a jognak. Hogy az ítélet ellen már perorvoslattal élni nem lehet, az az ítéletnek az alaki jogereje, hogy igaznak véte-tik, az anyagi jogerő.

A jogerős ítélet, mely alperest elmarasztalja, a mint a rómaiak kifejezték, új obligatiót teremt, az ú. n. *obligatio iudicatis*, mely novaló hatású. mert feltétlen, az előbbi kötelezettségtől független. Alperes engedelmeskedni tartozik neki, akár tényleg obligálva volt előbb is, akár nem. Viszont, ha az ítélet felperest elutasította (*absolutorius* ítélet ellentétben a *condemnatoriussal*), a felperes ha volt is igénye, az ítélet által elveszti azt úgy, mintha sohasem is lett volna. A rómaiak ezt úgy fejezték ki, hogy az ítélet novaló hatású, noválja felperes igényét, helyesebben a perobligatiót, mert a fél igényét

már a *litis contestatio* noválta, szüntette meg. A *litis contestation*nak ezt a megszüntető hatását már Iustituanus eltörülte, de még mindig megmaradt a *res iudicata*nak, az ítéletnek ilyen nováló, szüntető hatása. Ma már az ítéletnek sincs *consumáló* hatása, és így ma helyesen nem azt mondjuk, hogy az ítélet által *obligatio* keletkezik, hanem úgy kell beszélnünk, hogy a régi *obligatio* fenmarad, és az ítélet csak tartalmára vonatkozik, t. i. olyan a tartalma, a milyennek azt a bíró mondta (még ha ítélete helytelen is). Különben a rómaiak sem vonták le annak, hogy az ítélet *novatirus* hatású, hogy a bíró *declaratio*ja a régi *obligatio*t megszünteti és helyébe új *obligatio iudicatis* léptet, *practicus* következményeit. A régi *obligatio* biztosítására fennállt zálogjog tovább is fenmarad, holott *novatio* esetén megszűnne, a régi kezesség, késedelmi kamat tovább tart stb. Ha tehát a római ítélet sem igazi *novatio*, annál kevésbbé az a mai. (Kajuch a *novatio* alóli ezeket a kivételeket abból magyarázza, hogy a *litis contestatio* és a *sententia*, az ítélet nem *novatio voluntaria*, a felek akaratából előálló újítás, hanem *necessaria* 159. old.). Másfelől meg ma is igaz, hogy az ítéletben *declarált*, bár régi *obligatio* újból kezd elévülni, önálló elévülési ideje van (1881. LX. tcz: 32 év). E tekintetben tehát ma is *novatio* az ítélet. És így egységes nézőpont alá nem lehet vonni, ha az a kérdés döntendő el, *novatio*-e az ítélet vagy sem. De minthogy a *maiori* kelle kérdést eldönteni, helyesebb az a nézet, mely az ítélettől ma megtagadja a nováló, a *consumáló*, a negatív hatást. Egy hatása minden esetre van a jogerőre emelt ítéletnek, hogy t. i. sem *felperes*, sem *alperes*, sőt bizonyos esetekben még harmadik személyek sem érvényesíthetnek a bíró előtt oly igényt, vagy nem állíthatnak a bíróság előtt oly jogot, a mely igény és jog valamely előbbi ítéletben nem létezőnek van kimondva, és viszont nem tagadhatnak oly igényt és jogot, melyet az fennállónak *declarált*. A jogerős ítéletnek tehát az a hatása van, hogy tartalmával egyik fél sem helyezheti magát egy másik perben ellentétbe. Ha például *felperes* joga ítéletileg megtagadtatott, és ő mégis újból pert indít, *alperes*nek még csak tagadnia sem kell, a bíró hivatalból is figyelembe veszi az előbbi ítéletet. Ma tehát az *exceptio rei iudicatae* nem többé jogérvényesítő, hanem jogtagadó kifogás. A rómaiaknál, mint láttuk, a történeti fejlődés folyamán, hol *ipso iure* (igénytagadó kifogás), hol *ope exceptionis* (igényérvényesítő kifogás) hatott. Ma tisztán csak az a körülmény, hogy ez a bizonyos igényről már egyszer hoztak ítéletet, nem állja annak útját, hogy ugyanaz az igény még egyszer perbe vonassék, nincs negatív *consumáló* hatása, csak hogy a félnek ebből nem lesz haszna, mert az első ítélettel ellenkező hatást nem érhet el. A második ítélet az előbbinek csak *iteratio*ja lehet. Fontos ez azért, mert ha *alperes*t elmakacsolják, esetleg kétszer fogják végrehajtani, továbbá, a mi igen czélszerű, lehetővé teszi a részekben való perelést, az *accesoriumnak* (kamatnak stb.) külön perelését. A római jogban

felperes a részkövetelés esetén a többitől elesett, ma nem, ma a maradékot új perben követelheti. Míg azonban az ítéletnek a negatív hatása ma már nincs meg, addig másrészt, mint láttuk, van pozitív hatása, az *exceptio rei iudicatae* alapján az előbbi per tartalma az új per ítéletére nézve döntő.

Ezek után nézzük mi az *exceptio rei iudicatae*nek a terjedelme?

A) *Tárgyi tekintetben.* Az ítéletben sokfélét mond ki a bírő. Már most melyik döntése a bírónak olyan, hogy *exceptio rei iudicatae*val fel lehet hozni? Melyik része az ítéletnek adhat az *exceptio*ra alapot? A római jog álláspontja az, hogy az *exceptio* emelhető, *quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur*. Mi ez az *eadem quaestio*? *Quaestio* a perkérelem, a *petitum*, az igény elismerésének kérelme, a melyen túl a bírő nem mehet. Tehát csak azon terjedelemben válik az ítélet jogerőssé, a melyben azt felperes a per tárgyává tette, azaz a mennyiben az a *petitumnak* megfelel. Csakhogy min ismerem meg, hogy *eadem* a *quaestio*, hogy az igény, a perkérelem ugyanaz? Hiszen lehet két perben ugyanaz a *petitum*, pl. hogy alperes 200 forintban marasztaltassék el, és az igény, a *quaestio* mégsem ugyanaz. Hogy ugyanarról a *quaestioról* szólhassunk, annak kelléke az, hogy a jog és a jogsérelem, melyre felperes a két perben hivatkozik, ugyanaz legyen. Tehát nem baj, ha felperes ugyanazt az igényt ugyanazon tény, de más jogszabály alapján érvényesíti. Pl. alperes az én távollétemben behajtotta a követelésemet, kérem az *actio negotiorum gestorum directae*val az ő elmarasztalását, — elutasítanak. Ujabb pert indítok, kérem az alperes elmarasztalását *condictio sine causa*, gazdagodási kereset alapján. Ez utóbbi perben alperes nem emelheti az *exceptio rei iudicatae*t, mert más jogszabály alapján emeltem ugyanazon tényből eredt igényemet. Viszont lehet, hogy ugyanazon jogból perelek újra, de más tény alapján. Emelhető-e ekkor az *exceptio rei iudicatae*? Pl. én beperelem alperest tulajdonjogomnál fogva, hogy adja ki a nála levő dolgomat. A bírő elismeri jogomat, igényemet, és elmarasztalja az alperest. Egy idő múlva ugyanaz a dolog ismét alpereshez kerül, én újra beperelem, most már azon az alapon, hogy a dolgot X-től kaptam ajándékba, kérem tehát alperes elmarasztalását. Alperes tagadja, hogy a dolgot ajándékba kaptam volna. Hivatkozhatom én ezzel szemben arra, hogy hiszen ez ügyben már van ítélet? (Itt felperes hivatkozik az *exceptio rei iudicatae*ra). Attól függ. Ha az ajándékozás már az első ítélet előtt történt, akkor a mostani igény azonos a régivel, *exceptio rei iudicatae* tehát hatályos, ha azonban az ajándékozás az első ítélet után való, akkor az első perben még nem volt elbírálás tárgya, tehát nem lehet szó *eadem quaestio*ról. Ha az egyik per csak egy jogszerzési tény alapján döntött, akkor, bár ugyanazon jogról van szó, az az ítélet más jogszerzési tényre nem *res iudicata*. Ha pl.

azt állítom, hogy a dolgot azért követelhetem, mert azt nekem valaki ajándékozta, és a bíró elutasít, még mindig követelhem új perben azon az alapon, hogy örököltem.

A római jogban e kérdésre nézve különbséget kell tennünk az *in rem* és *in personam* actiók között. Az *in rem* actióknál (persze *in ius conceptae*-ről van itt szó), ha elutasítottak azon *intentio* alapján, hogy: *aiō hanc rem meam esse*, akkor ez *res iudicata* minden szerzési tényre. Nem hivatkozhatom újabb perben egy tényre sem, melyből tulajdonjogom keletkezhetett volna, kivéve persze, ha ez a tény *causa superveniens*, azaz az első ítélet után való, mert erre az előbbi ítélet nem vonatkozhatott. *In personam* actionál azonban hivatkoznom kell a tényre, melyből az *obligatio* keletkezett (kivéve a *condictio*kat), minden formulából, az *intentio*ból vagy a *demonstratio*ból, kitűnt tehát a szerzési tényalap, melyből pereltem. Ha tehát keresetemmel visszautasítanak, még mindig indíthatom a keresetemet más tény alapján. De már később arra is ismer módot a római jog, hogy felperes a maga *actio in rem*-jét is egy bizonyos tényre szorítsa, hogy *actio in rem*et támaszszon *causa expressa*: pl. *si paret rem, de qua agitur, emptam esse et per hanc causam Auli Agerii esse stb.*, vagy a *praescriptio*ba vétette fel: *eo res agatur de fundo mancipato*. Ez esetben aztán az ítélet csak erre az egy tényre vonatkozólag *res iudicata*.

Mindezek a felsorolt szabályok és példák arra vonatkoznak, ha a második perben oly igényről van szó, a melyről az első ítélet közvetlenül rendelkezett. De vannak esetek, mikor az első perben csak közvetve történt ítélezés valamely igényről. Pl. az első perben felperes követelésével szemben alperes ellenigényt támaszt *compensationalis* kifogás formájában. A bíró ítélete nem vonatkozik közvetlenül, alperes igényére csak közvetve, a mennyiben, ha alperest elmarasztalja, ezzel ellenigényét is elutasítja. Ezért aztán felperes, ha később bármiképen is kérdés tárgya volna az alperes igénye, erre az ítéletre, mint erre az igényre is vonatkozó *res iudicata*-ra, hivatkozhatik. Már mostan kérdés, hogy ez a közvetett ítéletmondás meddig terjed? Ha kamatköveteléssel lépek fel, és a bíró elutasít, *res iudicata*-e ez, azaz hivatkozhatik-e alperes az *exceptio rei iudicatae*-re, egy későbbi a tőke iránt indított perben? Világos, hogy nem, hisz a tőkeigényt az első ítélet alkalmával nem vittem a perbe. Ez rendkívül *practicus*, mert máskülönben pl. ma a bagatell bíróság a kamat kérdésével együtt a nagy tőke felett is ítéletet mondana. Megfordítva azonban, ha a tőke iránti perben elutasították felperest, az *res iudicata* a későbbi kamatperre is. Ugyanez áll a részigény érvényesítésénél is. Ha egy perben valamely telek tulajdonát elvesztettem, az *res iudicata* a későbbi perben, melyben mint e telek tulajdonosa szolgálmat követelek a *praedium servienstól*. Ettől is természetesen el fognak utasítani, mert ha mellék-

jogom előfeltételét képező főjogomra hoztak ítéletet, az a következményre, a mellékjogra is vonatkozhatik. Megfordítva azonban nem.

Az ítéletből tehát nemcsak az a *res iudicata*, a mi közvetlenül, kifejezetten, hanem az is, a mi csak közvetve, hallgatólag van benne. A leghelytlenebb pedig volna a tételt úgy megfogalmazni, hogy az ítéletből *res iudicata*, azaz jogerőre emelkedik az ú. n. rendelkező rész, az indokolás nem. Ez utóbbira nézve különben is híres vitakérdés: hogy az indokoló rész is *res iudicata*-t alkot-e? Ez úgy a mint fel van vetve, helytelen kérdés, mert bizonyos fokig rendelkező és indokoló rész csak *stylaris* különbség. Ez a formalis megkülönböztetés, hogy rendelkező és indokoló rész, nem vezet célhoz. Gyakran a rendelkező részben van olyan, a mi nem tartozik a szoros ítélethez, és másrészt az indokok közt van olyan, a mi kétségtelenül *res iudicata*-vá lesz. Pl. a rendelkező részből nem tűnik ki, hogy felperes időelőttiség miatt egyelőre utasított el, pedig ez is odatarozik a *res iudicata*-hoz. A kérdés tehát nem devalválható formai kérdésre, nem a forma adja meg, hogy mi a *res iudicata*, hanem az, hogy mi tartozik a *quaestio*-hoz.

Mikor felperes igényével szemben alperes olyan jogra hivatkozik, mely felperes jogát kizárja, akkor ha felperes keresetének helyt adatott, az *res iudicata* arra is, hogy alperesnek a hivatkozott joga nincs meg. Megfordítva azonban nem, felperes elutasítása nem jelenti alperes jogának elismerését. Sághy ezt úgy fejezi ki, hogy az ítélet felperes igényére pozitív és negatív irányban hat ki, alperesére csak negatív. Ha alperes nagyobb követelése egy részével akar compensálni, a felperes igényére vonatkozó ítélet nem *res iudicata* alperes követelésének nem compensált részére. Ez azonban nem logicus okokból folyik, mint az eddigi eseteknél, hanem pusztán *practicus*akból.

B) A res iudicata kihatása alanyi tekintetben: *Res iudicata ius facit inter partes*, az ítélet csak a felekre hat ki. Ez alól kivételek:

1. Pusztán historikus okokból, ha helyettem *procurator*, *cognitor*, *tutor*, *curator*, *defensor* járt el, én nem voltam *perfé* (l. Kajuch: a perbeli képviselők 138. old.), de természetesen az ítélet rám is kihatott.

2. Jogutódlás, *successio* esetén, ha felperes a perindítás, a *litis contestatio*, után engedményezi a maga igényét, alperes tovább adja a *res litigiosat*, a rájuk vonatkozó ítélet a *successorokra* is kihat.

3. *Ratihabitio*, jóváhagyás esetén. A forráshely erre vonatkozólag azt a példát hozza fel, hogy ha a nálam letett zálogtárgy X-hez kerül, én jogosítva vagyok azt *actio pignoratitia* in remmel követelni. Ha azonban ezt nem teszem, és nyugodtan tűröm, hogy adósom, a zálogtárgy tulajdonosa, *rei vindicaiot* indítson, akkor az erre vonatkozó ítélet rám is kihat. Másik eset: a férj hozományát az apóstól, vagy a feleségtől más valaki követeli, nem a férj. Ha a férj ebbe belenyugszik, akkor az ítélet rá is kihat.

4. Status perekben, mikor pl. az a kérdés, valaki legitim gyermeke-e az egyik a másiknak, az ítélete két fél közt jön létre, de kiterjed mindenkire. Az 1894. XXXI. 50. §. szerint a házassági semiségi perben hozott ítélet mindenkire kihat. Az örököségi perben az örökös személyére hozott ítélet a legatariusokra és a hagyatéki hitelezőkre is kiterjed, a mennyiben ők is hivatkozhatnak erre az ítéletre egy későbbi perben.

A magyar jogban vannak még egyéb kivételek is. Ha a csődbe bejelentett követelésemet a tömeggondnok kifogásolja és én pert indítok, akkor az ebben hozott ítélet nemcsak a tömeggondnokra, hanem az összes csődhitelezőkre is kiterjed. Ha én egy sorrendi tárgyaláson, mint háziúr jelentkezem, valamely foglaltató hitelező pedig tagadja, hogy végrehajtást szenvedő házbérrel tartoznék, akkor a végrehajtást szenvedő ellen indított perben javamra hozott ítélet a követelésemet tagadó foglaltatóra is kihat. A közkezeseti társaság ellen hozott ítéletre a társaság volt tagjával szemben kilépése után 5 évig hivatkozhatom, az tehát rá is kiterjed stb.

Függelék: *Az ítélet surrogatumai.* Egyenrangúnak vétetik az ítélettel alperes beismerése: *confessus pro iudicato habetur*. A régi római perben a confessio in iure feleslegessé tette az ítéletet, nem így a confessio in iudicio, mert ez csak a további bizonyítást tette feleslegessé. A beismerést nem szabad összetévesztenünk a nem tagadással, mert a beismerés a per egész tartamára kihat, holott a nem történt tagadás az ítélet jogerőre emelkedéseig még pótolható.

Surrogatuma az ítéletnek a *compromissum* útján választott bírónak a döntése is. *Compromissum* az a szerződés, melyben a peres felek az iránt egyeznek meg, hogy jogvitájukat nem a rendes peres eljárásnak, hanem magánszemély döntésének vetik alá. A meg egyezés kettős szerződés formájában jött létre: a felek formátlan szerződést (*compromissum*) kötöttek, hogy vitájukat a választott magánember elé viszik és ehhez egyszersmind büntetési stípulatiót is csatoltak a szerződés megszegésének esetére, egy másik szerződést pedig kötöttek a felek a választott bíróval (*receptum arbitrium*) a birói tisztség átvétele ügyében. Az ilyen úton hozott döntés nem szült *actio iudicatis*, de az a fél, aki a *compromissum*nak eleget nem tett, illetve az ügyet a rendes bíró elé hozta, köteles volt a stipulált összeget lefizetni. Iustinianus szerint formátlan *compromissum*ok perelhetők, ha a felek a választott bíró döntését aláírásukkal megerősítették, ú. n. *laudem homologatum*, és ha a felek a döntés ellen 10 napig nem remonstráltak. Megszüntette ellenben Iustinianus a *compromissum* perelhetőségét arra az esetre vonatkozólag, ha a döntés esküvel volt megerősítve. Választott magánbírák nem lehettek 20 éven aluliak, nők, örültek, süketek, némák, maguk

a felek és a praetortól kirendelt bíró. A *compromissum* megszűnt, ha az egyik fél vagy a választott bíró meghal, vagy az utóbbi e tisztjéről betegség vagy öreg volta miatt lemond, ha az egyik fél a választott bíróval folytatott ellenségeskedése, vagy a választott bíró, illetve a másik fél dolusa miatt a szerződéstől visszalép, végül ha egyik fél megőrül vagy csődbe jut. Ha több választott bíró (*arbitr*; nem tévesztendő össze a praetor által kirendelt *arbitr*ekkel) van, a többség döntött, szavazatmegoszlás esetén a források szerint a választott bírák által választott elnök szava döntött.

Surrogatuma az ítéletnek az egyezkedés, a *transactio* is. *Transactio* az a szerződés, melylyel a felek egy jogra vonatkozó bizonytalanságot, kételyt kölcsönös engedékenység útján szüntetnek meg. Ez a *transactio* megfélemedés, megcsalás és lényeges tévedés alapján megtámadható.

Az ítélet pótlékai közé tartozik az *eskü* is. Erről már volt szó.

II. Függelék. Az igény harmadik érvényesítési formája (első az önsegély, második a bírói érvényesítés volt) a *végrehajtás*. A végrehajtás lehet az igénynek önálló érvényesítése is, így egyes privilegiált követeléseknél, pl. a *nexumból* eredőnél (l. *legis actio per manus iniunctionem*), rendesen azonban a jogerős ítéletnek s *surrogatum*ainak folyománya. A jogerős ítélet alapján *actio iudicativa*l indíthatta meg a végrehajtató a végrehajtást. (Hogy erre milyen formák voltak l. Kajuch 71—173).

Megjegyzés: A perjogra vonatkozólag ajánlatos az általunk tárgyaltak megtanulása után Kajuchot is 122—173 old. átvenni.

44. §. Az idő.

Az eddigiekben a jogi tények közül a megengedett és meg nem engedett cselekményeket és azok joghatását tárgyaltuk, különösen pedig a jogügyletet és a vétkességet. (Mindkettőről még bővebben fogunk szólni a kötelmi jogban). Tudvalevőleg azonban vannak oly jogi tények is, melyek nem cselekvények, hanem tények, melyek szándékolva nincsenek, illetve, melyek nem azért állnak be, mert mi szándékoljuk őket, hanem szándékunktól függetlenül. Azon tények közül, melyek nem cselekmények, legfontosabb valamely időpont beállása és bizonyos időtartam lefolyása. Maga az idő nem jogi tény, metaphysikai fogalom, mely jogilag nem fontos. Fontos azonban pl. az a tény, hogy valami bizonyos időpontban és nem máskor történt. Jogi ez a tény azért, mert más lehet a jogi hatás a szerint, a mint valami most vagy máskor történik, esetleg más törvényt, más anyagi jogszabályt kell alkalmazni. Más esetekben ismét nem az időpont, hanem az időtartam ténye a fontos. Pl. ha én egy dolgot három esztendőn át bírok, ennek az időfolyásnak az lesz a következménye, hogy a birtok átváltozik tulajdonná (el-

birtoklás). Mint jogi tény tekintetbe jön tehát a) az időpont, b) az időtartam. Hogy valaki a beféjezett 24-ik évvel önjogúvá lesz, ennek a joghajtásnak a tényalapja az időtartam (24 év), hogy ellenben több záloghitelező közül az eladott zálog vételárát az kapja, ki a zálogjogot előbb szerezte, ez már az időpontnak a joghatása. Hogy a házasság megszűnése után 10 hónap alatt született gyermek törvényesnek vélelmezetik, ennek tényalapja időpont. Az időpontot megjelölhetjük naptárilag vagy mozgó idő szerint, pl. megérkezésem után 6 napra, lát után ennyi időre.

Az időpont és időtartam joghatásait enumerálni nem lehet, főleg azonban abban mutatkoznak, hogy

a) bizonyos cselekvényeket nem lehet bizonyos napokon (dies nefasti) végezni,

b) bizonyos jogok és igények csak bizonyos időtartam alatt gyakorolhatók és érvényesíthetők,

c) az időpont és időtartam jogkeletkeztető és szüntető hatású lehet.

A római jogban a nap volt a legkisebb időegység. Az időszámítás kétféle volt. *Naturalis computatio* az időnek számítása momento ad momentum, a *civilis computatio* pedig in dies numeravit, a napok szerint számított. A naturalis computationnak a római jogban helye volt, mikor a kiskorúság időpontjáról volt szó a restitutio in integrum fentartására, és a Iustinianus rendelte 10 napi felebbezési határidő számításánál. Ma a naturalis computatit két személy születése vagy halála idejének megmérésénél és dologi jogok prioritásának kérdésénél alkalmazzuk. A civilis computationál elsőnek az a nap számít, a melybe a kérdéses időtartam első pillanata esik (ma ez a nap még nem számít), ellenben az utolsónak csak meg kell kezdődnie — dies ultimus coeptus pro iam completo habetur — valahányszor valamely jognak a megszerzéséről van szó. Ha azonban jognak tétlenség miatti elvesztéséről van szó, az utolsó napnak is teljesen el kell telnie: totus postremus dies completus esse debet.

Az az időtartam, melynél a napok egyfolytában számítanak: *tempus continuum*. Ezzel szemben *tempus utile* az az időtartam, melybe csak azok a napok számítanak, a melyeken bizonyos cselekvényeket véghez lehet vinni (dies fasti). Utiliter számítja a római jog az időtartamot a bonorum possessio körül előírt időtartamnál, az egy évre és rövidebb időre terjedő keresetknél és jogintézkedésen alapuló időtartamoknál.

45. §. Az elévülés.

Az időtartamnak, mint jogi ténynek, egyik legnevezetesebb hatása az elévülés. Az elévülés tényalapja abban áll, hogy bizonyos tényleges állapot, mely valamely jog fennállásának vagy

fenn nem állásának külső képét mutatja, bizonyos időn keresztül eltart. A ki ezt a bizonyos időn át tartó tényleges állapotot nézi, az azt a képet nyeri, hogy itt ez és ez a jog van, illetve nincs meg. Ennek a tényalapnak, ennek a bizonyos időn át tartó tényleges állapotnak a joghatása aztán az, hogy a fennállónak látszó jog tényleg joggá lesz, a fennállani nem látszó jog pedig valóban elvész. Az elévülési joghatás tehát abban áll, hogy a látszat jogi állapottá lesz: az eddig fenn nem állt jog a bizonyos időn át tartó látszat folytán megszereztetik, az eddig fennállt pedig elvész.

A római jogban az elévülésnek nem volt ily egységes fogalma, ily elvi jelentőségét nem ismerték, ezt az újabb praxis képezte. A római jog csak a perben és ott is csak mint kivételt ismerte azt, hogy bizonyos actioknál, ha azokat felperes a jogsértéstől számított bizonyos időn túl indította meg, alperes kifogással védekezhetett. De ez csak néhány actionál volt meg, a legtöbb actio perpetua volt. Később lesz csak szabálylá, hogy alperes ezzel a kifogással 30 év után bármely actio ellen élhetett. Ez a kifogás a praescriptio temporis volt, praescriptio azért, mert a formula elejére írták. Ez azonban csak perintézmény volt. Ma az elévülés az anyagi jog intézménye, és nem kivétel, hanem szabály.

Azon kétféle functioja szerint, hogy majd a tényleg fenn nem álló jog látszik fennállónak, és idő múltán tényleg ez által fennállóva lesz, majd pedig a tényleg fennálló jog fenn nem állónak látszik és ezért idő múltán el is vész, ezen két functio szerint van kétféle elévülés. Beszélünk ez alapon *jogszerző és jogvesztő elévülésről* (*praescriptio acquisitiva és exstinctiva*). A praescriptio acquisitiva, a jogszerző elévülés az, a mit *elbirtoklás*-nak nevezünk, az exstinctiva, a jogvesztő pedig a szűkebb értelemben vett elévülés.

Felosztjuk az elévülést azon idő szerint is, a melyen át a jog fenn vagy fenn nem állásának látszata tart. Így beszélünk *praescriptio definita és indefinita vagy immemorialis*ről. Praescriptio definita a közönséges elévülés, melynek bizonyos az időtartama, másik a rendkívüli, az emlékezetet meghaladó elévülés, melynek tartama bizonytalan; oly hosszú időnek a lefolyása, hogy kezdetét már meg sem lehet határozni.

Az elévüléstől meg kell különböztetni az *idejeszünt jogot* (*Befristung*). Vannak bizonyos jogok, melyek kezdetől fogva csak bizonyos időtartamra vannak szánva. A csődjog szerint a megtámadási jogot a csődnyitástól kezdve számított 6 hónapon belül kell érvényesíteni. Ez a jog nem évül el 6 hó alatt, mert élete ab ovo csak 6 hóra terjedt. Az elévülés megszakítható, ez a 6 hónap nem.

Az elévülés, illetve annak egyik faja, az elbirtoklás, legjobb czáfolata annak az eszjogászok által felállított elvnek, hogy jogtalanságból jog nem keletkezhetik. Hiszen épen abban áll, hogy egy eddig csak fennállónak látszó, de tényleg fenn nem álló jogból

tényleg lesz jog, jognélküliségből, jogtalanságból lesz jog. No de különben is jog másból nem is származhatik, mint nem jogból.

Ha az elévülés és elbirtoklás (elévülés alatt csak a szűkebb értelmű elévülést, a jogvesztőt fogjuk a továbbiakban érteni) intézményeit igazolni akarjuk, vissza kell mennünk az emberi pszichológiára. Az a körülmény, hogy valamely állapot hosszú időn keresztül tart, szentesíti azt az állapotot. A mit úgy nevezünk, hogy megszokás, pietas, kegyelet a régihez, az mind ezen alapszik. Ha mi valamely állapotot hosszú időn keresztül látunk, rosszul esik, tiltakozunk ellene, ha ezt az állapotot le akarják rontani. Ez a jog terén, mint láttuk kétféleképen nyilvánul. Ha valaki sokáig nem lép fel megsértett joga védelmére, akkor bennünket meglep, ha hosszú idő múlva egyszerre csak érvényesíti. Első kérdésünk ilyenkor az, hogy miért csak most, miért nem előbb, miért hallgatott oly sokáig, oly hosszú időn keresztül. És ha nem tudja bebizonyítani, hogy mi gátolta a fellépésben, nem fogunk neki igazat adni. Minden jogban van egy szabály, mely szerint, ha valaki hosszú időn keresztül jogát nem érvényesíti az a jog elhomályosul, elvész. Ez az elévülés. (A római jogban azonban ilyenkor csak az igény vész el, a jog nem.) A másik meg az, hogy, ha viszont valakit hosszú időn keresztül valami dolognak az élvezetében találok, oly situatióban látom hosszú időn keresztül, mint szokott a jogosult lenni, én elhiszem, hogy ő a jogosult. Ez az elbirtoklás. Ebből kiindulva a római jog két alakban ismeri el az idő múlásának a hatását. Az egyik a perintézmény az elévülés, *praescriptio*, a másik az elbirtoklás, *usucapio*. Ezt a két intézményt, bár hasonló gondolaton alapszanak, széjjel kell egymástól választanunk. Hasonló gondolaton alapszik mind a kettő, mind a kettőt arra lehet visszavezetni, hogy azt az állapotot, mely hosszú idő át megvan, a jog sanctionálja. A lusta, jogát nem érvényesítő embert a jog megfosztja kereseti lehetőségétől, (a római elévülés csak ennyiben jogvesztés), a birtokló, a dolgos ember pedig elismertetik a jogra jogosultnak, tehát jognyerés. A kettő sokszor külsőleg összeesik. Ha én 30 évig nem járok a dolgom után, a mely ez idő alatt A. kezében van, akkor mind a két hatás beállhat: én elveszítem A-val szemben a kereseti jogomat, és bizonyos körülmények között ezen 30 év elmultával A. meg is szerzi a dolgon való tulajdonjogot. Itt tehát a kettő összeesik. De vannak esetek, mikor a kettő össze nem esik. A.-nál van a dolog 30 éven keresztül, én elvesztem a kereseti jogomat, de A. nem lévén *bona fide*, még sem szerzi meg a jogot. Az elévülés beáll, az elbirtoklás nem. A rendes eset az: A. megszerzi a dolgon való jogot már 3 év múlva, de az én keresetem nem évül el. Ez nem annyit jelent, hogy keresetem meg volna indítható ellene, az megszűnik, mert megszűnt a jogom is, minthogy A. azt elbirtokolta. Keresetem tehát nincs, de nem mert elévült (elévülés mint római perjogi intézmény), hanem mert nincs már tulajdonjogom

(elévülés mint az anyagi jog intézménye). A keresetelévülés és elbirtoklás közt a római jogban a különbség tehát az, hogy az elbirtoklásnál a volt jogosult elveszti jogát, az elbirtokló pedig új jogot nyer (originär jogszerzés), ellenben az elévülésnél (római jogi értelemben) az eddigi jogosult nem veszti el a jogot, sem a birtokló nem szerez új jogot, hanem csupán csak az áll be, hogy a jogosult ez ellen a birtokló ellen nem indíthatja meg a keresetét.

A régi magyar jogban ép úgy mint a german jogokban, míg az osztr. polg. tk. az állapotot meg nem változtatta, az elbirtoklás nem volt ismeretes, csak a keresetelévülés. A különbség a már kifejtettek alapján az, hogy mikor a keresetem évül el, akkor A.-val szemben, a ki a dolgot birtokolta, a keresetet nem érvényesíthetem, de azért a tulajdonos én maradok. Ennélfogva, ha A. kezéből harmadikhoz kerül a dolog, ezzel a harmadikkal szemben már követelhetem a dolgomat. A keresetelévülés az relativ valami, csak azzal az egy birtoklóval szemben áll be, mással szemben nem; az elbirtoklás pedig absolut, az egyik elveszti a jogát mindenkivel szemben, a másik nyer újat mindenkivel szemben. Ihering az elbirtoklás intézményeinek célját a birtokállapotok biztonságában látja, és helyesen. A cél az, hogy régi titulusok czimén ne bolygassuk a multakat, mert hiszen a régi tények bizonyítása mindig a legnehezebb. A jog azt mondja, én az én intézményeim csak bizonyos ideig bocsátom az emberek rendelkezésére. Ebben ismét a római jog practicus érzéke mutatkozik. A magyar jogban ezzel szemben az ősiség egyik vonása az, hogy a jog gondolatát ad absurdum vitte. 200 év multán jöhetett valaki mondván: a te őseid 200 év előtt ezt a dolgot olyantól szerezték, kinek erre joga nem volt, mert joguk csak a mi őseinknek volt; add ki tehát a dolgot. Ez megfelelt az ősiség gondolatának, de azzal járt, hogy rerum dominia incerta voltak. Nem úgy a római jogban.

Az elbirtoklás és elévülés igazolása tehát abban áll, hogy ez a két intézmény igazságos és célszerű, practicus. Célszerűségének egyik alkalmazása pl. hogy jogom bizonyításánál nem kell nehezen bizonyítható szerzéstényekre visszamennem, elég az idő lefolyására, mint originär szerző tényre hivatkoznom. Tehát nemcsak az bizonyítja a maga jogát az időmulással, a kinek ezenkívül más szerzés ténye nincsen, hanem az is, kinek más ténye is van. (Lásd bővebben a dologi jogban a Publiciana actio tanát.)

Az elbirtoklás és elévülés nem fog minden jogon. Elbirtokolhatók a római jog szerint a dologi jogok, kivéve a zálogjogot, elévülnek pedig csak a keresetek, az igények, és a jogok közül csak a szolgálat és a zálogjog.

45. §. Emlékezetet meghaladó elévülés.

Emberemlékezetet meghaladó elévülés, *praescriptio immemoralis* sc. *indefinita* az a joghatás, hogy valamely állapotot (jog gyakorlását, kötelezettség alóli mentességet), a nélkül, hogy ránézve határozott szerzéstény volna kimutatható, jogállapotnak, jogosan megszerzett állapotnak tekintünk csak azért, mert hosszú időn keresztül tart. Ez kiegészítője az elbirtoklás és elévülés intézményeinek. Tényalapja csak a hosszú időtartam, más kellékei nincsenek. Ebben különbözik az elbirtoklástól és elévüléstől. Ahhoz tehát, hogy valamely jog emberemlékezetet meghaladó elévülés által megszerzettessék, csak egyet kívánunk meg: t. i. azt, hogy a neki megfelelő külső kép, *aspectus*, tényleges állapot a legutolsó emberöltő óta megszakítás nélkül fennállott és gyakoroltatott legyen. Az ilyen elévülés igazolása tehát annak a bizonyításával jár, hogy ezt a kérdéses jogot a mostani generationak megfelelő idő óta, körülbelül 40 év óta, gyakorolja az illető, és hogy az előbbi generatio korából sem maradt fenn annak emléke, hogy ez a jogot valóságban nem illeti meg. Bizonyító eszközök lehetnek okiratok, esküfelajánlások, tanúk, kik a 40 év tartama alatt történetekre visszaemlékeznek (némelyek szerint legalább 54 évesnek kell lenniök). Az ilyen bizonyítással állított emberemlékezetet meghaladó elévülés csak azzal az ellenbizonyítással támadható meg, hogy az illető állapot az utolsó két emberöltőn át nem volt szakadatlan, folytonos, hogy ez az állapot bizonyos megállapítható — 80 évi időtartamot megelőző időben jogtalanul szerzett és e jogtalan szerzés alapján áll fenn mindmáig.

A *praescriptio immemoralis* az újabb praxis fejlesztette ki, de már a római jog is ismerte, még pedig a következő esetekben:

a) A magántelken épült községi utak (*viae vicinales*) nyilvános közút számba mennek, vagyis a telektulajdonos önkénye alól kikerülnek, ha emberemlékezet óta ilyenekül használták őket.

b) A víz lefolyását biztosító intézkedéseket szolgalmaknak tekintették, ha emberemlékezet óta megvannak.

c) Nyilvános vízvezetékeknek emberemlékezet óta történt használata ép oly védelemben részesül, mint hogy ha császári engedélyen alapulna.

Ezekhez az esetekhez aztán a canonjog újabbakat is csatolt.

A *praescriptio indefinita* fogalmára nézve az irodalomban két nézet van. Savigny, Dernburg, Baron, Arndts nem tartják igazi jogszerző (illetve kötelezettség alól felszabadító) ténynek, hanem csak vélelemnek, gyanításnak, hogy a kérdéses állapot emberemlékezetet meghaladó idő előtt egyszer jogszerű uton keletkezett. A másik nézet tovább megy és önálló jogszerző ténynek minősíti az emberemlékezetet meghaladó elévülést. Egyes újabb írók közjogi, publicistikai jellegű intézménynek akarják minősíteni, és így fogalmát megszorítani, de ez helytelen.

46. §. Igényelévülés.

Ha valaki az őt megillető keresettel a jogsértés megtörténte után bizonyos ideig nem él, azaz igényét a kötelezettel szemben ez idő alatt nem érvényesíti, akkor elveszti igényét, keresetét (*actio-ját*), igénye, keresete elévül. Mint már fentebb is kifejtettük, a római jogban nem járt ezzel a jog elvesztése is. Ez különösen a dologi jogoknál, a mint a fentebb folhozott példák is mutatják, szembetűnő különbség. A kötelmi jogoknál azonban a jog, és igény megszűnésének ez a kettévalása nem oly szembetűnő. A kötelmi, a relativ jog egyessel vagy egyesekkel szemben áll fenn, csak ezek sértetik meg jogomat, csak ezekkel szemben lehet igényem, és keresetem, ha ezekkel szemben nem érvényesítettem igényemet, keresetemet, akkor az ilyen módon előálló igénymegszűnés *practice* látszólag annyi, mintha jogom is elévült, megszűnt volna. Más ugy sem sértheti meg a jogomat, más ellen nem lehet igényem, mással szemben tehát jogomat már fogalmilag sem gyakorolhatom. A valódi kötelezettekkel szemben pedig az elévülés miatt nem élhetek jogommal, vagyis a külső *aspectus* olyan, mintha nem is volna jogom. Ez, a mit némelyek tanítanak is, azonban téves, helytelen. A jogot nem meríti ki az a cselekvési képesség (ismét az alanyi jognak a régi definitiója az, mely e tévedést okozza), hogy perelhetek, hogy jogom megsértése esetén igényemet érvényesíthetem, hiszen vannak oly jogok, melyek bírói uton nem is érvényesíthetők, és épen a kötelmi jog terén látjuk azt, hogy az *obligatio*knak egész osztálya van, melyeknek *obligatio*, jog voltát senki sem tagadja, bár épen abban különböznek a többi kötelemtől, hogy bíróilag nem érvényesíthetők. Ezek az ú. n. *obligationes naturales* vagy *imperfectae*, és ide tartozik épen az olyan kötelmi jog is, melynek igénye, keresete elévült. Hogy mennyiben jog még ezentúl is az ilyen igénytől, keresetiől megfosztott jog, arról a kötelmi jog megfelelő fejezetében fogunk beszélni.

De nemcsak a jog elévülést, hanem még az igényelévülést sem ismerte a régi római jog, a *ius civile*. A *ius civile*ből eredő keresetek, kivéve a *lex Furiá*ból származó, a *sponsor* és *fideipromissor* ellen indíthatót, el nem évülők, örökösök voltak — *actiones perpetuae*. Csak a praetorok és aedilisek hoztak be rövid időre szánt kereseteket — *actiones temporales*, különösen *actio poenale*sek egy annus *utilis*re terjedő hatálylyal. (A *furti manifesti actio*, noha praetori eredetű, szinten *actio perpetua* volt). Ha felperes ez alatt az év alatt nem indította meg őket, akkor későbbi megindításuk ellen alperes *exceptio annua*val védekezhetett. A classikus korban már az *actio civile*seket is alávetették az elévülésnek pl. az *actiones in rem speciales* (*rei vindicatio* stb.). Ezek a jogszerű birtokossal szemben *inter praesentes* 10, *inter absentes* 20 év alatt évültek el. Ez idő után való megindításuknak *praescriptio longi temporis* volt ellenvethető. Constantinus ezeknek a kereseteknek elévülését

arra az esetre is kiterjesztette, ha a birtokos, t. i. a jogellenes állapotban lévő, nem is volt jó hiszemű és jogszerű, azaz nem volt iustus titulusa, jogos jogszerző ténye. Erre az esetre az elévülési időt 30 illetve 40 évben állapította meg. Az ennek megfelelő kifogás a *longissimi temporis praescriptio*. (Erről a két intézményről bővebben lesz szó a tulajdonjognál az elbirtoklás fejezetében.) II. Theodosius nevéhez fűződik az actiok elévülésének általánosítása. Ő ugyanis behozta azt, hogy azok az actiok, melyek eddig perpetuák, örökösök voltak, 30 év alatt mind elévüljenek: *praescriptio triginta annorum*, a rövidebb idő alatt elévülő pedig ezután is az eddigi elévülési idő után szűnnek meg. Iustinianus erre vonatkozólag csak annyiban változtatott, hogy bizonyos actiok elévülési idejét 40 évben állapította meg (*praescriptio quadraginta annorum*). A justinianusi jogban ezek alapján actio perpetua az, mely 30, illetve 40 év alatt évül el, a rövidebb idő alatt elévülő pedig actio temporalis. 40 év alatt a templomok és kegyes alapítványoknak azon keresetei évültek el, melyek különben 30 éves elévülés alá tartoztak volna, és bizonyos esetekben a zálogkereset. De még a iustinianusi jogban is vannak valóban örökös, soha el nem évülő keresetek. Ilyen a fiskusnak keresete hátralákos adótartozások behajtására, a vindicatio in libertatem és a curialis vindicatioja. Ide veszik továbbá az osztókereseteket, a mennyiben in rem vonatkozásúak. Ezzel szemben Windscheid azt állítja, hogy ez utóbbiak nem kivételek az elévülés alól, mert ezeknél igény a közösség minden pillanatában keletkezik, tehát el sem évülhet.

A kereset, az igény elévülését a felek nem zárhatták ki, mert az nem magánérdeknek, hanem a közérdeknek biztosítására irányuló intézmény.

Az elévülési idő az *actio nata* pillanatától kezdődik, vagyis ex quo (actio) ab initio competit et semel nata est. Az actio nata est, mikor jogunkat megsértik, (némelyek szerint, ha egy jog keletkezik, és a tényleges állapot nem felel meg neki). Név szerint nata az actio:

a) Dologi jogoknál ha a jogsértés kezdődik. A rei vindicationál tehát akkor kezdődik az elévülés, ha harmadik személy dolgunknak birtokába helyezi magát.

b) Non facerere menő kötelmi jognál kétségtelenül akkor születik az actio, mikor a kötelezett alany kötelme ellenére jár el, azaz megteszi azt, minek meg nem tételére kötelezte magát.

c) A természetüknél fogva időhöz nem kötött pozitív magatartásra menő obligatioknál az obligatio létrejöttével (obligationis exordium) kezdődik az elévülés.

d) A természetüknél fogva ugyan bizonyos időtartamot feltételező facerere menő obligatioknál, a melyeknél azonban a felek az idő tekintetében nem határoztak, vitás, vajjon rögtön az obligatio megkötésével, vagy csak a teljesítés követelésével, adós fel-

szólításával kezdődik-e az elévülés. Az előbbi a helyes, a mint azt több forráshely bizonyítja. Mellette szól továbbá az a (a kötelmi jogban bővebben kifejtendő) szabály, hogy *quod sine die debetur, statim debetur*.

e) Feltételhez, dieshez kötött jogügyletekből eredő jogoknál a dies, a *condicio* beálltával nascitur az *actio*.

f) Kétoldalú visszterhes szerződéseknél vitás, vajjon rögtön az *obligatio* létrejöttével kezdődik-e egyszerre a két fél *actio*ja, vagy egyenkint mindegyik félé csak akkor, mikor a maga részéről már teljesített. Az előbbi a helyes.

g) Oly jogoknál, melyeknél az *actio* gyakorlásához még a hitelezőnek erre irányuló akaratnyilvánítására is szükség van, pl. felmondásra, felmondás után bizonyos időre fizetendő kölcsönnél, az elévülés nem az akaratnyilvánítás pillanatától számítódik, hanem már akkor kezdődik, mikor a hitelező ezt az akaratnyilatkozatot megtehetné volna. *Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris*. Ez a latin azonban sokat mond, mert oda vezetne, hogy pl. a dosra irányuló *actio* elévülése nem a válás pillanatában, hanem már akkor kezdődne, mikor a férj okot adott a válásra.

h) a visszatérő, ismétlődő szolgáltatásoknál (kamat, járadék) a keresetelévülés minden egyes szolgáltatásra nézve külön a lejárat napjával kezdődik. A kamatokra irányuló *actio* azonban elévültnek tekintendő akkor is, ha a főkövetelés elévült. Vajjon a kamatok, járadékok ettől eltekintve elévülhetnek-e egyszerre, egészben, vitás, a források nem is szólnak róla. Baron szerint a kérdésre igennel kell felelni, egészükben évülnek el ugyanis, ha az adós a kamatfizetést, vagy a járadékot egészben tagadja meg, és a hitelező még sem perel.

i) A gyámoltnak *actio tutelae*-ja, és a kiskorúnak *actio tutelae utilis*-e csak a befejezett gyámság után kezdenek elévülni.

Ettől az időponttól kell számítani a kereset elévülését, mely mint tudjuk a justinianusi jogban 30, illetve 40 évre terjed. Rövidebb idő alatt évülnek el a következők:

1. A *fiscus*nak büntetési *actio*i 20 év alatt, *bona vacantia*-ra irányuló keresetei 4, *commissa*-ra 5 év alatt évülnek el.

2. A *restitutionalis* kereset justinianus óta 4 év alatt,

3. Az *actio redhibitoria* 6 hó.

4. Az *actio quanti minoris* (*aestimatoria*) 1 év alatt,

5. A *querela inofficiosi testamenti* a haláltól számított 5 év alatt évül el.

6. A praetori büntetési kereseteknek elévülési ideje, mint már mondtuk, 1 év.

Az elévülési időnek nem kell ugyanazon személyek közt lefolynia, az egyes felek helyébe *suigularis* vagy *universalis* *successora*ik léphetnek. Ezt közönségesen úgy fejezik ki, hogy

accessio temporis-nak van helye, azaz a kötelezett fél *universalis* vagy *singularis* utódja autorának elévülési idejét is hozzászámíthatja a magáéhoz. Az elévülés csak az utolsó nap végével fejeződik be, mert hiszen jogosultságának elvesztéséről van szó. Az elévülési időt *continuo* számították, csak az egy évre terjedő praetori és a rövidebb idő alatt elévülő kereseteknél történt az időszámítás utiliter.

Megszakad, azaz megszűnik az elévülés, ha a jogosult fél igényét érvényesíti. A régi római perben ez a *litis contestatio*kor tekintetik megtörténtnek. Iustinianus után és a mai jogban a kereset beadásakor, illetve a keresetnek az alperes kezéhez történt juttatásakor (csődköveteléseknél a csődbejelentéssel). Megszakad továbbá az elévülés, ha az adós az alperes tartozását beismeri, új adóslevelet állít ki, zálogot ad vagy kezest állít a jog biztosítására, ha kamatokat fizet vagy a tőkéből törleszt, sőt még az is megszakítja az elévülést, ha a hitelezőnek, a jogosultnak kezében *sine vi* zálog van, pl. az *actio hypothecaria*val megszerzi a neki *hypothecaul* rendelt dolgot. Nem szakítja meg ellenben a keresetelévülést a teljesítési felszólítás, intés, figyelmeztetés.

Az elévülés *megszakadása* (*interruptio temporis*) azt jelenti, hogy az eddigi elévülés megszűnik és újabb kezdődik. Ellenben a *megakadás* (*praescriptio dormit*) nem szünteti meg az eddigi elévülést, hanem csak felfüggeszti, a megakasztó tény megszüntetésével azonban tovább folytatódik.

Megakad az elévülés:

1. ha filiusfamiliast illet kereset az ő rendes *adventiciái*hoz tartozó jogból;
2. Ha az igényre jogosult serdületlen;
3. Ha az igényre jogosult kiskorú, (ez azonban csak 30 évnél rövidebb idő alatt elévülő kereseteknél akasztja meg az elévülést.)
4. Ha az igényre jogosult örült;
5. Ha bizonyos jogi akadályok állják a keresetindításnak útját (*agere non valenti non currit praescriptio*) pl. a *rei vindicatio* megakad, míg a *dolus in iudicio*, beépített anyag, *moratorium*ot nyert adós ellen az *actio* megakad a halasztás idejére, és megakad az örökös ellen, a ki a *beneficium inventarii*, illetve *deliberandit* nyeri;
6. Ha bizonyos tényleges akadályok állják a keresetindítás útját — pl. a *tempus utile* időszámításnál.

Sem meg nem szakítja, sem meg nem akasztja a keresetelévülést az a körülmény, hogy a keresetindításra jogosult igényéről nem tud.

A kánonjog az elévüléshez az *actio* natan, időmúláson és az igény nem érvényesítésén kívül még azt is megkívánta, hogy az elévülésre hivatkozó, az alperes *bona fide*, jóhiszemű is legyen. Ezt a római jog nem kívánta meg. A római jog a *bona fide*st csak az *acquisitiv* elévülésnél, az elbirtoklásnál követelte meg,

illetve csak ott volt akadály a mala fides, a rosszhiszeműség. az igényelévülésnél azonban a mala fides akár a kezdettől fogva volt meg, akár csak superveniens volt, nem ártott.

Ha az elévülés ily módon bevégeződött, akkor ez azzal a hatással járt, hogy felperes keresetével szemben alperes praescriptio-val élhetett (praescriptio triginta annorum s. longissimi temporis stb.). A bíró tehát nem vehette hivatalból figyelembe, nem ipso iure hatott, hanem csak ope exceptionis.

Már a szakasz elején kifejtettük, hogy az igény elévülésével maga a jog nem szűnik meg, dologi jog esetén az igény tovább is érvényesíthető bárkivel szemben (kivéve azt, ki ellen a kereset elévült és a ki ennek a jogszerű successora), a kötelmi jogoknál ugyan nem érvényesíthető, de azért a jog, mint naturalis obligatio tovább is fenmarad. Így tartja ezt Dernburg, Savigny, Puchta és mások. Ellenben Baron, Vangerow, Wächter, Windscheid úgy vélekednek, hogy az igénynyel együtt maga a kötelmi jog is megszűnik.

Függelék: Az elévülés másik faja, az elbirtoklás originär jogszerző, tehát jogkeletkeztő tény lévén, nem tartozik ide az általános részbe, hanem azon egyes jogok tárgyalásába, melyek általa megszerezhetők.

47. §. Egyéb jogi tények.

A jogi hatással felruházott tények, azaz azok a tények, melyekhez, mint feltételekhez, a jog valamely parancsot vagy tilalmat fűz, enumerálhatlanok, fel nem sorolhatók. Kajuch (121. old.) külön felemlíti még a tévedést és nem tudást. A tévedés tanát a jogügyletekkel kapcsolatban tárgyaltuk. Itt csak annyit kívánunk megjegyezni, hogy megkülönböztetnek *error iurist* és *error factit*. *Error iuris* a jogszabályban való tévedés, a jog nem tudása, *error facti* a tévedésnek azon fajai, melyeket a jogügyletek tanában előadtunk. Régi jogi közmondás, hogy *iuris ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*. Ez azonban nem áll. A *facti ignorantia*, az *error facti*, mint láttuk, csak bizonyos esetekben mentesít az ügylet alól, tehát nem mindig *non nocet*, és az *error iuris* sem mindenkinek *nocet*. Így a jog nem tudására hivatkozhatnak a kiskorúak, asszonyok, katonák, parasztok. Kajuch a közönséges szóhasználat szerint tévedésnek nevezi a bona fides, a jóhiszeműséget is, tévedés valamely dologi jogban, az a hiszem, hogy nekem valami jogom van, holott nincs még. Ennek a bona fidesnek számos joghatása van. Bővebben a tulajdonjog fejezetében, az elbirtoklásnál lesz róla szó. Tévedés továbbá a szóhasználat szerint, ha tartozatlan kötelmet teljesítek, azért, mert azt hittem, hogy tartozom vele.

Ezekről és a többi jogi tényekről a különös részben, a belőlük eredő jogoknál lesz szó.

IV. FEJEZET. FÜGGELÉK AZ ÁLTALÁNOS RÉSZHEZ.

48. §. A jogok gyakorlása.

A pandektakönyvek szerint minden alanyi jog cselekvési szabadság lévén, a jog gyakorlása nem egyéb, mint ezen cselekvésnek véghezvitele, az alanyi jog nyújtotta szabadsággal való élés. Ez nyilvánvalóan nem áll. Az alanyi jog nem cselekvési szabadság, hanem az érdekemben kibocsátott jogparancs, melynél a másodtétel be- vagy be nem állása tőlem függ. A jog nem adja az élvezetet, a cselekvési lehetőséget, ő csak biztosítja. Hogy a tulajdonos a maga dolgát használhatja, azt nem a jog adja, a jog csak biztosítja ezt a használatot. Mikor tehát a tulajdonos tényleg használja a dolgát, nem jogát gyakorolja, mikor az almáját megeszi, óráját eladja, zálogba adja, nem jogát gyakorolja, hanem gyakorolja azt, mit a jog védeni akar, a mit biztosítani akar. Ez a terminus tehát, hogy joggyakorlás, nem állja ki a kritikát, az alanyi jog helytelen definitiójának a következménye és nem jelent egyebet, mint gyakorlását azoknak a cselekményeknek, használatát annak az érdekkörnek, melyet a jog védeni akar.

A pandekták e titulus alatt a szabályoknak egy bizonyos csoportját tárgyalják, a melyeket, minthogy az eddigiekben róluk nem volt szó, mi is itt adunk elő. Némely jogok egyszeri gyakorlás által megszűnnek, mások nem. Ez annyit jelent, hogy némely jogoknál azon állapotnak, melyet a jogparancs czéloz, véd, egyszeri megvalósítása a jog elvesztéséhez, megszűnéséhez visz. Ilyen a legtöbb kötelelem és ilyen az igény. Ha igényemet egyszer érvényesítem és czélt érek, akkor az megszűnik. Ha a színházba váltott jegyen bemegyek az előadásra s azt végignézem, megszűnik a színházzal kötött műbér-szerződéselem stb. Azonban a kötelmi jogok között is vannak olyanok, melyek valamely cselekvésnek, állapotnak hosszabb gyakorlását, tartását czélozzák, védik. A bérelő, ha beveti a földet, oly cselekvést végez, melyet bérleti joga véd, ezen cselekvés által még sem veszti el jogát. A dologi jogok tartósabb gyakorlatot, állapotot biztosítanak, védenek, a nekik megfelelő állapot egyszeri gyakorlással nem szűnik meg. A jog gyakorlása (rövidség kedvéért mi is így nevezzük) a jogosult tetszésétől függ, senkit sem lehet joga gyakorlására kényszeríteni. Másrészt azonban a jogunkkal való nem élés bizonyos hátrányos következményekkel jár (l. elévülés). Jogunkat gyakorolhatjuk tekintet nélkül arra, vajjon hátrányos-e az másra, ellentétben van-e másnak a jogával. *Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam, neminem laedit.* Nem szabad azonban jogunkat minden érdek nélkül, pusztán másnak bosszantására, chicane céljából gyakorolnunk. Azt persze, hogy jogunk gyakorlásában érdekünk van, nem nekünk kell bizonyítanunk, hanem annak, a ki abban a maga chicanirozását, bosszantását látja, kell bizonyítania, hogy nekünk

semmi érdekünk sem volt a jognak őt sértő gyakorlásában. Ennek bizonyítása pedig rendkívül nehéz, szinte lehetetlen. Iustinianus (63. nov.) szerint a konstantinápolyi telek tulajdonos nem építhetett magas falat csak azért, hogy a mögötte fekvő háztulajdonosok elől elzárja a tengerre való kilátást. Hogy jogunk gyakorlása, illetve megkezdett gyakorlásának folytatása másnak jogát sérti, más jogának gyakorlásában akadályoz (*jogösszeütközés*), nem ok arra, hogy a gyakorlást abbahagyjuk. Ilyenkor áll a szabály: *melior est conditio possidentis, occupantis*, a ki kapja, az marja. A hasonlóan jogosultak közül az gyakorolhatja jogát, a ki előbb fogott a gyakorláshoz, még ha általa a többiek joga gyakorolhatatlanná válik is, elvész. Ha egyik sem előzi meg a másikat, akkor egymást korlátozzák, megosztják az élvezetet, hacsak egyiknek privilegizált joga nincs, némely esetekben a sorshúzás dönt köztük.

A joggyakorlás a pandektajog szerint megengedi a képviseletet, néhány jogot pl. a *usust* kivéve. A hól a képviselet meg van engedve, ott átengedhetjük másoknak a jognak gyakorlását úgy is, hogy azt a maguk érdekében gyakorolják. Ez Windscheid szerint kétféleképpen történhetik. Vagy úgy, hogy a jogosult csak kötelezve van a maga jogának gyakorlását másnak átengedni, vagy pedig úgy, hogy ez a ki a jog gyakorlását nyeri, önálló jogot nyer a más jogának gyakorlására. Pl. megveszem más haszonélvezetének a gyakorlását, másnak a követelését, zálogba kapom valakinek követelését stb.

49. §. A jogok védelme. Biztosítási intézmények.

A ki az én érdekeemben kibocsátott parancscsal, vagy tilalommal ellentétbe helyezkedik, megsérti a jogomat. Hogy a jogrend ily jogsértéssel szemben megvédjen engem, azaz, hogy egyrészt a még meg nem történt sértést megakadályozza, másrészt a már megtörtént sértést jóvátegye, és lehetőleg szűk térre szorítsa, különböző intézményeket léptet életbe. Ilyenek a jognak azon parancsai, melyekkel biztosítékadást rendel, ilyenek azok az intézmények, melyek igényem érvényesítésére szolgálnak, az önsegély, a bírói érvényesítés és a végrehajtás, és ide tartozik az előbbi állapotba való visszahelyezés, az *in integrum restitutio*. Ezek közül már részletesen letárgyaltuk az önsegélyt, annak két fajtát különböztetve meg: az önvédelmet és önhatalmat, és részletesen szólottunk az igény bírói érvényesítéséről, az *actoról*, *exceptioról*, kifogásról. A továbbiakban még a biztosítékadásokról és az *in integrum restitutioról* fogunk szólni.

A római jog az igénynek biztosítására több intézményt fejlesztett ki: a *cautiokat*, a *sequestratíot*, a birtokba utalást (*missio in possessionem*), az *interdictumokat*, *inventarium* készítést és a *retentio* jogát.

Cautio tágabb értelemben oly intézkedés, mely valamely igénynek a jövőben való érvényesítését biztosítja, szűkebb értelemben oly biztosítás, melyet valaki másnak vagy már meglevő, vagy csak később leendő kötelezettség teljesítése iránt nyújt. A cautionak különböző fajait ismerjük. Alapjuk szerint megkülönböztetünk *cautio necessariat* és *cautio voluntaria* vagy *conventionalist*. *Cautio necessaria* az, melyet valamely jogintézmény, praetori rendelet alapján követelhet egyik a másiktól, pl. a *cautio usufructuaria* (l. szolgáalom), *damni infecti* (Kajuch 186. old.), *legatorum servandorum* stb., ellenben *cautio voluntaria* s. *conventionalis* a felek megegyezésén (rendesen *stipulation* vagy *contractus pignoratitius irregularison*) alapul. Ilyen ma a pénztárnok, a bérlő *cautioja*.

Azon eszközök szerint, melyekkel a biztosítást nyújtjuk, megkülönböztetünk *verbalis*, *realis*, és *iuratoricus cautiot*. A *verbalis cautio* (*cautio promissoria*) a római jogban *stipulatio* formájában ment végbe. Az ilyen *cautio*adást rendesen a praetor rendelte, kinek *edictuma* erre vonatkozó formularekat is tartalmazott. Az olyan *stipulatio*, melynek megkötésére a praetor kötelezte a feleket, *praetoria stipulatio*. Ilyen *stipulationa* a praetor nemcsak *cautio* adása céljából kötelezte a feleket (*stipulatio cautionalis*), hanem voltak másféle praetori *stipulationok* is. Névszerint: *stipulatio iudicialis*, mely az ítélet teljesítésének biztosítására szolgált (l. Kajuch 157. old. IV. *cautio iudicatum solvi*), *stipulatio communis*, quae fiunt iudicio sistendi causa. A *stipulatio cautionalis* arra szolgált, hogy *stipulatio* alapján indithassa meg aztán az, kit a praetor védeni akart, a maga *actioját* ilyen pl. a *cautio damni infecti*. A praetori *stipulationok* magyarázata ismét az a tétel, hogy praetor ius facere non potest. Ma pl. jogszabály rendeli azt, hogy a haszonélvező a haszonélvezet letelével a dolgot a tulajdonosnak visszaadja. Ma vi legis terheli az usufructuariust ez a kötelezettség, a római jogban nem. Már most a praetor mégis kötelezni akarta erre a felet. Ő maga azonban nem akart jogot alkotni, parancsolni, hogy te haszonélvező add ki a dolgot a tulajdonosnak, ha jogod lejárt. Ezt ő nem akarta tenni, de hogy célját mégis elérje kerülővel élt. Azt mondta; te usufructuarius csak akkor vagy köteles a dolgot salva rerum substantia kiadni, ha te magad kötelezed magadat arra, ha magad vállalod el ezt a kötelezettséget. Méltányos azonban, hogy erre kötelezd magadat és ezért azt rendelem, hogy kötelezd magad erre, hogy köss ilyen *stipulatiot* (*stipulatio, cautio usufructuaria*.) Nem azt mondja a praetor, hogy, ha a te házad szomszédodat beomlással fenyegeti, javíttasd ki, illetve adj kártérítést, hanem kerülővel úgy szól: köss szomszédoddal *stipulatiot*, melyben te magad kötelezd magadat az esetleges kár megtérítésére (*cautio damni infecti*). Ilyen esetben a római jogban vi negotii előálló kötelezettség jött létre, holott ma ezek többnyire vi legis állanak fenn.

A *sanctio* lehet másodszor eskübeli, *iuratoricus* (*iuramentum*).

promissorium) és harmadszor *realis cautio*. A *realis cautio*nak megint két esete van, vagy kezeset állítunk (*satisfactio, cautio fideiussoria*) vagy zálogot adunk (*cautio pignoratitia*). Ez utóbbinak egyik ma igen gyakori alfaja, hogy a zálogba, *cautio*ba adott dolgot (különösen pénzt, értékpapírokat stb.) a biztosítandónak tulajdonába adjuk, nem azzal a kötelezettséggel, hogy ugyanazt a dolgot adja nekünk vissza kötelezettségünk teljesítése után, hanem csak hasonló mennyiségű és minőségűt, (*contractus pignoratitius irregularis*). A legtöbb törvényes *cautio satisfactio*.

Kivételes szabályok állnak fenn a római jogban a *fiscus*ra és városi községekre: ezek csak *verbalis cautio*t tartoznak adni. Telektulajdonosok, *emphyteuták* továbbá oly személyek, kik *cautio fideiussoria*t adni nem tudnak, végül *personae illustres* és bizonyos magas hivatalnokok *perbeli cautio*t eskü formájában adhattak.

Sequestratio. Valamely *res litigiosa*nak letevése a *perben* nem érdekelt személynél (*sequesternél*) azzal a kikötéssel, hogy a dolgot a birói döntés után a nyertes félnek adja ki. Megkülönböztetünk *sequestratio necessariat*, a melyet maga a biró rendel el, és *sequestratio voluntariat*, melyben maguk a felek állapodnak meg. Az előbbinek alfaja a *sequestratio iudicialis*, melynél maga biró veszi magához a dolgot. (A feleknek a sequesterrel kötött szerződése a kötelmi jogba tartozik).

Missio in possessionem az a birói (*praetori*) intézkedés, melyel a biró (a *praetor*) valakinek azt a felhatalmazást adja, hogy követelése biztosítására másnak dolgát vagyonát birlalatba (*detentio*ba) vegye. Ilyen engedélyt nyert a fizetés képtelen adós hitelezője (*missio in possessionem rei servandae causa*, a rómaiknál ugyanis a csőd *missio in possessionem in bona decoctorum*al kezdődött): illet nyer az olyan *legatarius*, ki feltételesen vagy *diessel* kap *legatumot*, ha a kötelezett *cautio*t nem akar adni (*m. in p. legatorum nomine*), és az oly *legatorius*, kinek keresetével szemben a *legatummal* megterhelt 6 hónap alatt sem védekezik, sem a hagyományt ki nem adja (*m. Antoniniana* a terhelt egész vagyonában, továbbá az, a kinek szomszédja *cautio*t nem akar adni (*m. in p. damni infecti nomine*, sőt itt *bonitar* tulajdonba utalás is lehet: *m. in p. ex secundo decreto*). Ilyen *missio in possessionem*et kap a *nasciturus* anyja (*hereditatis tuendae causa, ventris nomine*), az a *serdületlen*, ki mint az örökhagyó törvényes lemenője tart igényt az örökségre és ez a minősége nem valószínűtlen (*m. in p. ex edicto Carboniano*), az örökségre meghívott örült gondnoka (*m. in p. furiosi nomine*), végül a végrendeleti örökös, ha egy éven belül kéri (*m. in p. ex edicto Hadriano, missio Hadriana*). A *beutalt detentio*t és *pignus praetoriumot* nyert. A ki a *beutaltat* a dolog birlalatba vételében *dolosusan* megakadályozza, vagy a már birlalatba vett dolgot ismét elveszi, annak érdekét meg tartozik téríteni. De a *beutalt* a dolog birlalatba vételét kényszerűen is végezheti.

A retentionalis (visszatartási) jog az a jogosultság, hogy valaki egy szolgáltatást, melynek teljesítésével tartozik, mindaddig megtagadhat, míg az ellenfél bizonyos az ő kötelezettségével kapcsolatos ellenkövetelésének eleget nem tesz. Így az eladó, a *commodatarius*, a záloghitelező a jóhiszemű birtokos visszatarthatja a dolgot, míg bizonyos kiadásokat neki a felperes meg nem térít, a telek tulajdonosa a telkére jutott idegen dolgot visszatarthatja, míg a dolog által a telken okozott kárt meg nem kapja. Sőt a záloghitelező a záloggal biztosított adósság teljesítése után még az ezzel a kötelezettséggel nem kapcsolatos követelések erejéig is bizonyos esetekben retinealhat. Visszatarthatja ugyanis a zálogot a tartozás lefizetése után is, ha még valami más követelése van. Ezt a retentionális jogot a perben *exceptio doli generalissal* érvényesíthetni.

Függelék. A jog biztosítására szolgál még az *inventarium*, leltárkészítés, a *poena conventionalis*. Ezekről a különös rész megfelelő helyein lesz szó. (Az *interdictumra* vonatkozólag l. Kajuch 167. old. és Vécsey 232. old. különösen 233. old. III. pont.)

A jog védelmére szolgál a biztosításon kívül az igény mindhárom formájú érvényesítése. Erről az actiok tanában volt szó. Szólnunk továbbá tehát még csak in *integrum restitutio*val kell.

50. §. A jogok védelme. In *integrum restitutio*.

In integrum restitutio valamely hátrányos joghatásnak megszüntetése méltányossági okokból, a magistratusnak rendkívüli, közvetlen közbelépése útján. Ez az in *integrum restitution*nak technikai fogalma, tágabban azonban az előbbi állapotba való minden visszahelyezést jelenti, akár közös megegyezésen, akár bírói intézkedésen alapul. Így pl. in *integrum restitution*nak nevezik a vételnek *actio redhibitori*ával való megszüntetését. Technikailag, szűkebb értelemben azonban csak az *imperium mixtum*mal bíró magistratus útján (*praetoria cognitio*) történő *arbitrarius*, önkényes, tetszésétől függő visszahelyezés az előbbi állapotba. A *restitutio in integrum auxilium extraordinarium*, melylyel szemben az actiok és exceptiok *auxilia communia*. Subsidiarius természetű, csak ott nyerhet alkalmazást, hol *actio* és *exceptio* nem érvényesíthető, vagy nem nyújt teljes, vagy elég biztos védelmet. Csak az *actio* (illetve *exceptio*) *doli* és *quod metus causa* esetén lehet helye in *integrum restitution*nak is, mert ezen *actio* megindítása infamiával jár, a mit a megtámadó esetleg nem akar. Az in *integrum restitution*nak sajátosságai (*praetoria cognitio* és az *arbitrarius volta*) lassanként elvesztek. Egyrészt állandó szabályozást nyert, másrészt a bíró hatáskörébe jutott, úgy, hogy ma már ép oly rendes védelmi eszköz, mint az *actio* és *exceptio* és csak abban különbözik ezektől, hogy *subsidiarius* jellegű és valamely jogállapot megszüntetését eredményezi.

A restitutio in integrum feltételei:

1. *laesio*, joghátrány;
2. *iusta causa restitutionis*, kellő alap a restitutio kérésére;
3. a restitutionnak kellő időben való kérése. Erre Iustinianus 4 évi időt szabott meg, a régebbi jog pedig 1 annus utilist adott.

A laesionak nem kell okvetlenül *damnum emergens*nek, pozitív kárnak lennie, hanem rendszerint elmulasztott haszon (*lucrum cessans*) is lehetett. *Lucrum cessans*ért csak az esetben nem lehetett restituálni, ha a másik fél a restitutio folytán a már megszerzett által nagyon károsodott. Kismérvű kár fejében is van restitutionnak helye, kivéve ha a restitutio által az ellenfélnek sokkal nagyobb kára van, mint a milyen a restitutiot kérőé (Windscheid, Baron, Dernburg). *Iusta causai* a restitutionnak a *metus*, a *dolus*, a *status permutatio* (*capitis deminutio minima*) *error iusta*, *absentia*, *necessaria* és *infirmetas aetatis* (kiskorúság),

Ellenben nem kérhet restitutiot,

- a) a ki dolose okozta a maga kárát;
- b) a kinek igénye 30—40 év alatt évült el;
- c) a kinek dolgát a *fiscus* idegenítette el;
- d) kinek kára véletlenből támadt;
- e) a *descendens* az *ascendens* ellen, ha csak a restitutio épen ennek a viszonynak megszüntetésére nem irányul: ez persze csak akkor lehet, ha ez a viszony *adoptio*ból vagy bírői ítéletből ered;
- f) a *descendens* azon örökség iránt, melyet neki *deferaltak*, de a melyet apja szerzett meg;
- g) a megkötött házasság ellen.

Bár *kiskorúság* alapján helye van az *in integrum restitution*nak, mégsem kérhető;

- a) ha a kiskorú magát nagykorúnak adta ki, vagy nagy korúságában az ügyletet jóváhagyta;
- b) ha a kiskorú nagykorúsíttatott;
- c) ha az ügylet esküvel van megerősítve;
- d) ha kiskorú kiskorú ellen kéri az előbbi állapotba való visszahelyezést, és a vele megtámadt kiskorú az *in integrum restitutio* által tényleges vagyoni kárt szenvedne.

A római jog a restitutio tekintetében a kiskorúakkal egyenlő elbánásban részesíti a községek.

Távollet miatti restitutionnak helye volt,

1. ha a károsult lakhelyétől államszolgalat, fogság, alapos félelem miatt volt távol,
2. ha az ellenfél, illetve képviselője volt távol üzleti ügyben vagy fogság miatt,
3. a bíró személyében fennálló bizonyos akadályok miatt és
4. hasonló esetekben az ú. n. *generalis clausula*nak megfelelően.

Ez a *generalis clausula* ugyanis a praetornak erre vonatkozó edictumának zárszava: *si qua alio mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum*. Ezt némelyek úgy értik, hogy a praetor bármely neki ezen fent említett iusta causan kívül iustanak látszó causából restituálhat, mások szerint ez csak a távolléti causákra vonatkozik, új távolléti iusta causasat ismerhet el. (Vécsey és Kajuch az első értelemben veszik.)

A restitutiot a károsult és *universalis successora* vagy az kérheti, kire ő a maga *restitutionalis* jogát cedálta. Megtámadható pedig véle az, a kinek javára a másokra nézve káros joghatás beállott, vagy ennek jogutódja; még pedig dologi jogoknál vagy örökségeknél minden birtokos, *obligatorius* viszonyoknál pedig csak kivételesen harmadik személyek is. Így természetesen a *metus* esetén mindenki megtámadható vele, a kinél a dolog van.

A *restitutionalis* pert a *classicus* római jog szerint az illető *magistratus* döntötte el maga *decretum*ával, és ha a visszaállított régebbi állapot tényleges megvalósításra szorult, akkor a bíró tette meg a kellő intézkedéseket (*iudicium rescindens*). Ha pedig a *laesio* valamely keresetnek elvesztésében állott (pl. a kereset a távollét alatt elévült), akkor a *iudicium rescindens*hez még *iudicium rescissorium* is járult, melyben aztán a kereset alapján a bíró ítelt. Pl. a *laesio* abban állott, hogy távollétem miatt *actio depositum* elévült. Kértem a praetortól *in integrum restitutiot*, azaz azt, hogy adja meg nekem újra az *actio depositum*. Ezt ő megtette *iudicium rescindens*ben. De még ezzel maga a letét iránti per nem volt eldöntve, lehetséges, hogy a visszanyert *actio depositum*mel esetleg vissza is utasítanak. A *iudicium rescindens* után tehát még a fellevenedett *actio* alapján pernek kellett következnie. Ez volt *iudicium rescissorium*.

A *iudicium rescindens*ben hozott döntés hatása az, hogy az előbbi állapot teljesen helyreáll, mintha csak a megtámadt ügylet általában nem kötöttetett volna meg, illetve a kérdéses mulasztás nem esett volna meg.

Megjegyzés: Kajuch a praetoria stipulatiot, *interdictum*ot, *missio in possessionem*et és *in integrum restitutiot* átmeneti alakzatnak nevezi az *ordo iudiciorum privatorum* és *extraordinaria cognitio* közt (166. old.). Ez annyiban igaz, hogy ezek az eljárások rendszeren a *magistratus* előtt folytak, és csak kivételesen jutottak a bíró, a *iudex* elé. Nincs tehát meg bennünk okvetlenül az *ordo iudiciorum privatorum*ot jellemző *caesura*.

KÜLÖNÖS RÉSZ.

A) SZEMÉLYI JOG.

52. §. A személyi jog fogalma.

Az általános részben (52. old.) kifejtettük, hogy mit kell személyi jog alatt értenünk. A személyi jog tárgya, tárgygyal itt a jog által védett érdeket jelölve, a személy, annak teste és szelleme, belső és külső megjelenése. Hogy mi a személy, arról szintén volt már szó az általános részben (40. old.), a hol arra az eredményre jutottunk, hogy ezek a terminusok: személy, jogszemélyiség, jogalany, jogalanyiség mind egy fogalom megjelölésére szolgálnak. Jelentik t. i. azt a lehetőséget, hogy valaki az államilag védett érdekkörnek központja, viselője lehet. Ugyanezt jelenti az a terminus is, hogy valaki (ember, alapítvány, testület) jogképes, tehát a jogképeség. E mellett a képeség mellett meg kell különböztetni egy más képeséget is, az ú. n. cselekvési képeséget. *Jogképeség* az a lehetőség, hogy valaki (ember, alapítvány, testület) államilag védett érdekkörnek alanya, viselője lehet, jogalany lehet, ellenben a *cselekvési képeség* arra vonatkozik, hogy valaki (ember, alapítvány, testület) hatályosan végezhet cselekményeket, jogügyletet köthet, vétséget követhet el, vagyis saját cselekvésével *szerezhet* jogot. Ezt a két fogalmat azonban nemcsak az *activ* oldalon, a jogosítványok, a jogok oldalán lehet megkülönböztetni, hanem a *passivon*, a kötelezettségek oldalán is. *Passiv jogképeség* tehát az, hogy valaki kötelezettségek alanya lehet, *passiv cselekvési képeség*, hogy saját cselekményével (ügylettel, vétséggel stb.) *szerezhet*, vállalhat kötelezettséget.

Ellentétben tehát ez a két képeség úgy áll, hogy a jogképeség a jogban és kötelezettségben való benmaradásra, a cselekvési képeség pedig a megszerzésre vonatkozik. Csakhogy ez nem áll egészen. Hogy valaki a jogviszonyban akár mint jogosított, akár mint kötelezett benne lehessen, benne maradhasson, okvetlenül szükséges, hogy abba a jogviszonyba belejutott legyen. Ennélfogva a jogképeség nemcsak azt a képeséget jelöli, hogy valaki jogalany

lehet, hanem azt a lehetőséget is, hogy a jogviszonyba belejusson, hogy az *activ* vagy *passiv* jogalanyiságot megszerezze. Ebből a szempontból a jog- és cselekvési képesség úgy áll egymással szemben, hogy cselekvési képesség az a lehetőség, hogy valaki a saját cselekményével (ügylet, vétség stb.) szerezhessen jogot vagy kötelezettséget, míg jogképesség az a lehetőség, hogy az ember, a testület, az alapítvány, nem ugyan saját cselekményével, hanem egyéb ténynyel, a mit úgy szokás mondani: *ex lege* nyerhet jogot vagy kötelezettséget. Erről az oldalról tekintve jog- és cselekvési képesség nem két különböző valami, hanem csak két foka ugyanegy képességnek. De ez csak ebből az egy szempontból áll, minden egyéb tekintetben ez a két fogalom teljesen divergál egymástól. Mert míg a cselekvési képesség csak a szerzés momentumára vonatkozik, csak azt jelenti, hogy valaki cselekményével szerezhessen jogot és kötelezettséget, de nem jelenti egyszersmind azt is, hogy benne maradhat az általa teremtetett jogviszonyban, megtarthatja a cselekményével szerzett jogalanyiságot, addig a jogképesség erre is kiterjed, a jogviszonyba belejuthatást és benne megmaradhatást egyesíti. És mint-hogy a jogalanyiség, a jogviszonyban benmaradhatás már fogalmilag feltételezi a belejutást, innen van, hogy a jogképesség meghatározásánál ez utóbbi momentumra nem szoktak figyelemmel lenni, hogy így annál élesebben különválaszthassák a jog- és cselekvési képesség fogalmát.

Jog- és cselekvési képesség egyesülhet valakiben, de meg lehet egyik a másik nélkül is. ~~A római rabszolgának volt cselekvési, de nem volt jogképessége, azaz köthetett pl. ügyletet, de ő abból jogot nem szerezhette, kötelezettséget nem vállalhatott, a mit szerzett, urának szerezte.~~ Viszont a 7 éven alóli gyermeknek volt jog-, de nem volt cselekvési képessége, azaz pl. tulajdonos, szolgalmass stb. lehetett, de mindezeket a jogokat és kötelezettségeket saját ügyletével, *delictum*-ával nem szerezhette, ügyletet nem köthetett, *delictum*a nem volt *delictum*.

A cselekvési képesség a cselekmények két főfaja szerint ismét kétféle. Megkülönböztetünk ugyanis *ügyleti és vétségi* képességet (ez utóbbinak neve beszámíthatóság), mert más feltételekhez lehet (és van) kötve az, hogy valaki ügyletet, másokhoz, hogy vétséget vihesen véghez, hogy ügyletből, illetve vétségéből jogokat és kötelezettségeket hozhasson létre. Az ügyleti képesség ismét más és más az egyes ügyleteknél, a mennyiben az ügyleti képesség általános feltételein kívül még specialis követelmények is megkívántatnak egyes fontosabb ügyleteknél. Így szólhatunk vételi, végrendelkezési, örökbefogadási, váltó stb. képességről. Meg kell továbbá különböztetnünk a cselekvési képesség két fokát, ú. n. *alsóbb és felsőbb cselekvési képességet*. Alsóbb vagy korlátozott cselekvési képesség a lehetőség, hogy cselekményünkkel előnyt szerezhessünk, tehát jogot szerezzünk, illetve valamely kötelezettség alól mentesüljünk, felsőbb

cselekvési képesség pedig a lehetőség, hogy cselekményünkkel hátrányos helyzetbe jussunk, azaz kötelezettséget vállalhassunk, illetve jogot feladjunk. Ez különben ugyanaz, a mit az *activ* és *passiv* jelzőkkel is szoktunk jelölni.

Az állami jogparancsoknak, jogszabályoknak egy nagy tömege már most arra vonatkozik, hogy milyen kellékek, feltételek szükségesek ahhoz, hogy valaki jog-, illetve cselekvési képes legyen, hogyan keletkezik, változik, szűnik meg, miképen védetik ez a kétféle képesség. Ezek a szabályok természetesen a személyi jog körébe tartoznak, hiszen a személyiségre vonatkoznak. Kérdés azonban, vajjon ezek a szabályok alanyi jogszabályok-e, illetőleg alanyi jognak tekinthető-e a jog- és cselekvési képesség? A kérdés és felelet itt ugyanaz, mint az örökjognál (54. old.). Láttuk, hogy az örökjog, ha általában alanyi jognak minősítjük, abban a lehetőségben áll, hogy valaki az ő nyilatkozatával másokat kizárjon az örökségből és magának szerezze azt meg. Nem egyéb tehát az örökjog, mint lehetőség, hogy valaki bizonyos jogok alanyává legyen, képes arra, hogy az örökhagyó jogainak és kötelezettségeinek alanya lehessen. Ha ez a lehetőség, ez a képesség alanyi jog, akkor a jog- és cselekvési képesség is az. Mert hisz az örökjog is voltaképp csak jog- és cselekvési képesség megszorítva egy kisebb körre, t. i. az elhunyt jogaira és kötelezettségeire. Ép oly megszorított körű jog- és cselekvési képesség, mint a képesség az ajánlat elfogadására, a *res nullius* elfoglalására, az *occupatio*ra.

Az alanyi jognak az a definitiója, a melyből mi kiindultunk (38. old.) kizárja azt, hogy akár az örökjogot, akár pedig az általános jog- és cselekvési képességet alanyi jognak tekintsük. Ha azonban, mint azt a kézikönyvek általában teszik, az örökjogot külön subjektív jognak vesszük, a következetesség azt is megkívánja, hogy a jog- és cselekvési képesség tanát is mint ilyent tárgyaljuk. Megkönnyíti ezt a módszert még az is, hogy ennek a tannak ép oly külső aspectust lehet adni, mint az alanyi jogok tárgyalásának. Mi t. i. az összes alanyi jogokat egységes módszer szerint akként fogjuk tárgyalni, hogy szólunk először az illető jog tartalmáról, keletkezéséről, aztán változásáról, majd megszűnéséről és végül védelméről, azaz a jog megsértéséből fakadó igényről és érvényesítéséről. Ugyanezt a módszert követhetjük a jog- és cselekvési képesség tárgyalásánál is és szólhatunk a jog- és cselekvési képesség keletkezéséről, változásáról, megszűnéséről, sőt, mint látni fogjuk, védelméről is. Ez azonban csak külsőség, forma, mely nem lehet döntő criterium annak megítélésénél, hogy subjektív jognak tekintsük-e vagy sem.

Az általános részben érintettük azt az anyagot, melyet a személyi jog körében tárgyalni lehet. A fent kifejtett szempontból ehhez az anyaghoz csatoljuk még a jog- és cselekvési képességet is, és pár vonásban megpróbáljuk a tárgyalásnak ezt a módját

vázolni. A személyi jognak ilyen felfogása és tárgyalása különben meglehetősen ismeretlen az irodalomban, csupán Gierke: *Deutsches Privatrecht*-je szól a személyi jogról némileg hasonlóan.

I. FEJEZET. AZ EMBER.

53. §. Az ember jogképességének tartalma.

Ma minden ember jogképes; nem így volt Rómában, ahol a rabszolga minden jogképességet nélkülözött. Ennélfogva a római jog a születésen kívül ismert egy más ténnyt is, melyből a jogképesség keletkezik, t. i. a rabszolga szabadonbocsátását, a manumissiót. Ez az egyik különbség a mai és a római jog között. A másik pedig az, hogy míg ma a jogképesség elvileg egységes, addig a római jog különböző fokait ismerte a személyiségnek, a jogképességnek. Ezeket az egyes fokokat a római jog háromféle szempontból vizsgálta. Vizsgálta először a szabadság szempontjából, ez adta a *status libertatis*. Ebből a szempontból megkülönböztettek szabad embert, libert és rabszolgát, servust (homo szintén rabszolgát jelent a forrásokban) és a kettő közt közvetítő stadiumul a felszabadítottat, libertinust, nem szólva az ú. n. félszabadokról (statuliber stb.). A második szempont a polgárjog, a civitas szempontja (*status civitatis*) mely szerint megkülönböztettek civis Romanust, római polgárt és peregrinust, idegent. A kettő közé esett a Latinus és egyéb válfajok. A harmadik szempont a *status familiae*, a mely szerint megkülönböztettek családfőt és családhoz tartozót, más szóval önjogú embert (sui iuris, paterfamilias) és idegen hatalom alatt álló embert (alieni iuris, alieno iuri subiectus).

A fokozat a rómaiaknál ez volt:

Egyáltalában nincs jogképesége a *rabszolgának*, a servusnak. Ez semmiféle jognak sem lehet az alanya, ő tehát jogi értelemben voltaképpen nem személy, hanem dolog. (Igy áll ez elvileg, de a valóságban mégis különbség van a dolog és a rabszolga közt. A dologból sohasem lehet személy, a rabszolgából igen, vagyis a rabszolgának mintegy képessége van arra, hogy jogképesé legyen. Másrészt meg az sem áll egészen, hogy a rabszolgának semmiféle jogképessége sincsen, ő is lehet jogalany, t. i. naturalis obligációja lehet.)

A rabszolgaság intézménye az ó-korban nélkülözhetetlen volt, ezért az antik világ nem is ütközött meg rajta. A kereszténység is csak 1839-ben nyilatkozott meg ellene hivatalosan. Hiszen Anglia még az utrechti békében magának köti ki az amerikai rabszolga-importot. Csak 1806- és 1835-ben szabadítja fel Anglia a tulajdonosok kártalanításával a rabszolgákat, sőt Braziliában ez csak 1888-ban történik.

A rabszolgaság kezdetére nézve csak coniecturák lehetségesek. A háborúskodás valószínűleg kezdetben csak üzlet volt, a melynél a legyőzött ellenségnek egy részét megölték, más részét elczipelték a győző személyes céljaira. Az ilyen fogoly volt az első rabszolga, a kire az élet minden kellemetlen oldalát, első sorban a munkát áthárították. Így találjuk már az ős időkben a szabad ember mellett az ő rabszolgáját. A rabszolgamunkára akkor szükség is van, mert nincs gépmunka.

A római rabszolgaságban három korszakot különböztetünk meg. Az első korszak a patriarchalis nemzeti korszak, a mely a püni háborúig tart. A rabszolga főleg itáliai háborúkból lett azzá, tehát voltaképp rokon nemzetiségű. Aztán meg a római tudta, hogy esetleg ő is rabszolgává lehet. Ez a kettő magyarázza meg, hogy a rabszolgaság e korban custodia honesta. Ehhez hozzájárul, hogy a régi parasztgazdaságban csak kevés rabszolga volt. Ez hozza magával a rabszolgák enyhe helyzetét, kik ekkor közel állnak a mi cselédeinkhez. Így pl. a saturnaliak ünnepén, egyszer az évben, az úr szolgálta a rabszolgát.

A második korszak a pün háborúktól az Antoniusokig tart. Ez a rabszolgaság virágkora. Ekkor már nemcsak a háború volt a rabszolgaságnak az eredete, hanem úgy adták-vették őket, és nemcsak itáliaiakat, hanem ázsiai- és afrikaiakat is, és luxusczikké lévén, ezrével tartották őket az ergastrumokban. Így már nem oly értékesek, mert sok az árú. 7 millió szabad mellett 14 millió rabszolga van Itáliában. Az egy hatalom alatt lévő rabszolgák összessége a familia, a mely decuriókra oszlik, miknek élén szintén egy-egy rabszolga áll, a vicarius. A rabszolgákat ekkor nemcsak házi és mezei munkára használják, hanem tanításra, művészetekre stb. E korban a rabszolgák helyzete tűrhetetlen. Háromszor üt ki lázadás (Spartacus), napirenden vannak a vesszőzések, Crassus 6000 rabszolgát feszített fel a via Appian, a híres Cato Censorius zsarolja őket, saját rabszolgáinak a házasságra való engedélyt csak pénzért adja meg. A szabadok viszonya rabszolgájához nem áll a jog, hanem csak az illem, az erkölcs és ennek óre a censor ellenőrzése alatt.

A harmadik korszakban nincs annyi háború, nincs oly nagy anyag, másrészt meg terjednek a stoikus philosophia elvei. Így nagyobb lesz a rabszolga értéke és kisebb a rabszolgaság terjedelme. Antonius Pius megtiltja a nőrabszolga-prostitutiót, a eirensyiaszkodás már csak mint közbüntetés szerepel, nem szabad idegen rabszolgát megölni, sőt Constantinus már a saját rabszolga megölését is emberölésnek minősíti. Pius azt is elrendelte, hogy a templomba és a princepshez menekült rabszolgát, ha constatálható volt, hogy ura méltánytalanul bánt vele, eladják, ma azt mondanók, a szolga expropriáltatott, t. i. eladták és a vételért az úrnak adták. Justinianus ezt így okolja meg: expedit enim rei publicae, ne quis

re sua male utatur, tehát közérdekre vezeti vissza. Gaius még úgy szól, hogy senkinek sem szabad rosszul bánnia a maga dologával a saját érdekében, mely okból a tékozlónak is megtiltatik a saját kezelés. A jogérzet még ekkor megkivánta, hogy ne a rabszolga, hanem az úr érdekében legyen hozva a törvény.

A rabszolgának jogi állása különben a következő: ő nem személy, hanem dolog. Urának korlátlan hatalma van felette. Ezt a hatalmat drasticusan fejezi ki a ius vitae ac necis, a dominus élet és halál ura. E miatt az újabb germanisták és a középkori egyházi írók szemrehányásokkal illették a rómaiakat. Csakhogy a jogalakulatot meg kell különböztetnünk a practicus élettől. A közvélemény és ennek őre a censor felügyelete alatt állott az úr bánásmódja rabszolgájával szemben. Aztán meg a germánoknál se volt jobb a Leibeigenschaft: Er ist mein Eigen, ich kann ihn siedern, ich kann ihn braten. A ius necis már csak azért sem gyakorolták a rómaiak, mert a rabszolga becses jószág volt. Különben ez a jog nem volt singularitas, hanem szabály volt a régi jogban. Hasonló volt pl. hozzá a hitelezőnek adott jog. A 12 táblás törvény szerint a hitelező adósát börtönbe vetheti, eladhatja trans Tiberim. Sőt ha többen vannak hitelezők, az adóst szétvághatják és csak az a baj (némely magyarázók szerint az sem baj), si plus minusve secuerint. Ezt sem kell szó szerint venni. Igaz, hogy eleinte minden jogvédelem a boszúvágynak hatalma alatt áll, minden jogtalanságot személyes sértésnek tekintenek és vérboszúval büntetik, akár vagyoni, akár egyéb jogtalanság volt, de a 12 táblás törvény idejében Rómában már magasabb cultura volt, ekkor ius vitae ac necis a gyakorlatban már nincs. Persze a jogi forgalomban a rabszolga mégis csak dolog volt. Mindazok a vonatkozások, a melyek a dolgoknál előfordulhatnak, megvannak a rabszolgánál is: tulajdonnak a tárgya, többen is birhatják, lehet rajta szolgalmi jogot szerezni, el lehet zálogosítani, el lehet adni stb. De azért a rabszolga helyzete az életben nem volt ily dologszerű, sanyarú, nemcsak a keresztény császárság idején nem, hanem már réges-régen sem. Sőt ha változás van a rabszolgaság helyzetében, akkor a principatus idejétől kezdve inkább rosszabbá lesz, semmint javul. Jogilag a rabszolgának nincs vagyona, ténylegesen az életben van peculiuma. Ez jogilag az úré, de a római ember szégyelte volna ezt a rabszolgától elvenni és annyira respectálta, hogy akárhányszor a servus ezen vásárolta meg urától a szabadságot. A személyiség terén sem áll egészen, hogy a rabszolgának nincs személyisége. Mert ha az ember barmot rúgott fel, akkor az úrnak actio legis Aquiliaeje volt a sértő ellenében, ha pedig rabszolgát sértettek meg, az már becsületsértési perre vezetett, a személyiség védelmére szolgáló actio iniuriarum volt indítható. A rabszolga elvileg ugyan dolog, de azért személyesen is le van kötelezve urával szemben. Nemcsak tárgya ő a tulajdonnak, a dominiumnak, hanem kötelezett alanya is a dominica potestasnak.

A rabszolga több a dolognál, mert elismertek benne bizonyos jogi tehetségeket, melyeket a dolgoknál nem látunk. A rabszolga eszelekvő-képes, köthet ügyleteket, de nem a maga részére. Ez a dominica potestasnak az eredménye. A rabszolga szükségszerű képviselője az urának, azaz akár akar, akár nem, ügyleteiből a jogokat urának szerzi. Kötelezettségeket, terheit már magamagának is szerezhethet, vállalhat, csak hogy az ilyen kötelezettség csak naturalis obligatio, azaz bírói úton nem érvényesíthető. A rabszolga t. i. be nem perelhető, de azért, ha ő mégis kifizeti ezt az adósságot a maga peculiumából, vagy pedig ha kifizeti az úr, akkor ez valóságos fizetés (solutio), nem megy ajándékszamba, nem donatio, többé vissza nem követelhető. Így vagyunk az ügyleti kötelezésekkel. Ha azonban a rabszolga vétséget követ el, akkor ura felel a kárért, még pedig nemcsak naturaliter, hanem civiliter, beperelhetőleg. Csak hogy ezzel szemben az úr noxae datióval szabadulhat, azaz a károsultnak kártérítés helyett magát a rabszolgát adja ki.

Minden jogállapotnál, melylyel foglalkozunk, a következő kérdést kell felvetnünk: mi a tartalma, hogyan keletkezik, változik és szűnik meg. Így a rabszolgaság jogi helyzete után át kell térnünk a keletkeztető tényekre. A rabszolgaság keletkezik születés által. A rabszolganő (serva, ancilla) gyermeke is rabszolga. A rabszolgánál és minden törvénytelen gyermeknél ugyanis a status az anya szerint megy, holott különben az atya szerint. De ha az ancilla a terheség ideje alatt csak egy pillanatig volt is szabad, akkor a gyermek szabad lesz. Keletkezik a rabszolgaság másodszor azzá levés által. Azzá lehet valaki vagy a ius gentium, vagy a ius civile szerint. Iure gentium lesz az ember rabszolgává a fogságba ejtés által. Ez az egész antik világ felfogása: az ellenség jogtalan, és ebben bizonyos viszonyosság volt. Nemcsak Rómában lesz az elfogott idegen rabszolgává, hanem a római jog azt is elismeri, hogy az idegen fogságba került római szintén nem szabad ember, hanem római jogi szempontból is rabszolga. Ha persze visszatér a fogságból, ismét szabad ember, még pedig ex tunc (a fogságba esés pillanatától kezdve) tekintetik szabadnak, azaz úgy, mintha sohasem lett volna rabszolga. Ez a jog, hogy ismét szabaddá lesz, a ius postliminii. Ha pedig a fogságban halt meg, halála is ex tunc számít, azaz a fogságbaesés pillanatában, vagyis szabad emberként tekintetik meghaltának. Hogy ő ex tunc tekintetik szabad, illetőleg meghaltának, az ellenkezik a valósággal, ez voltaképpen hazugság, vagy legföljebb feltételezés, tehát fictio. És pedig a fogságba esett római emberre

alkozó ez a fictio fictio legis Corneliae neveztetik. Rabszolga lehet a szabad ember iure civili is, így közbüntetés által pl. városág elítél valakit arenai küzdelemre. Az ilyen rabszolgák a poenae. Ezeknek egy különös esete a következő: Rómában voltak egyesek, a kik pénzre szorulván, magukat rabszolgákként állították, de azután megint kipereltették magukat a praetornál,

hogy hiszen ők szabadok, és re bene gesta zsebre vágta a vételárat. Ezért rendelték aztán el, hogy a ki ilyen csalás céljából adatja el magát, az büntetésül rabszolga maradjon, feltéve, hogy 20 évnél idősebb, mert különben más büntetést kapott.

A rabszolga állapotának változásáról beszélni nem lehet, mert a rabszolgaságban csak egyféle fok és állapot létezett. A mi végül a rabszolgaság megszűntét illeti, minthogy ez által (eltekintve a rabszolga halálától) jogképes ember keletkezett, nem itt, hanem a jogképeség keletkezésénél fogunk szólni.

Itt említendők azok az átmeneti stadiumok, melyek a liber és a servus közt foglaltak helyet. Ezek a félszabadok. Ilyen a statu liber, a végrendeletben feltételelesen szabadonbocsátott, a ki függő állapotban van, ha t. i. a feltétel bekövetkezik, ipso facto szabad, ha nem következik be, ipso facto rabszolgává lesz ismét. Ilyen továbbá az addictus, a fizetni nem tudó adós, ki adóssági fogságra van odaitélve a hitelezőnek. Ide tartozott az ab hostibus redemptus is. Hazafias kötelesség volt ugyanis az ellenség kezébe került római kiváltani, ez a kiváltott a kiváltó hatalmában maradt kézi zálogul, hogy családja a kiváltásért fizetett összeget megtérítse neki. Iustinianus egy constitutióban elrendelte, hogy ez az állapot legfeljebb öt évig tarthat. Félszabad a bona fide serviens is, oly szabad, a ki azt hiszi magáról, hogy rabszolga. Ez a félszabad állapotban marad mindaddig, míg a bíróság előtti vindictio in libertatem folytán nem lesz szabaddá. Félszabad még a mancipiumban levő, a viadornak szegődő és a colonus vagy glabae adstrictus, a Leibeigen, a jobbágy.

Elvileg tehát semmiféle jogképesége sincsen a rabszolgának.

Már nagyobb jogképeségük van a rabszolgaságból felszabadultaknak, a libertinusok-nak. Ezeknek nem volt ius honorumuk, tisztségeket nem viselhettek, nem köthettek házasságot senatori rangúval, felszabadítójuk (patronus) és annak örököse iránt obsequiummal és reverentiával tartoztak, csak a praetor engedelmeivel idézhették perbe, becsstelenítő keresetet általában nem indíthattak ellene, alimentationális (tartási) kötelezettségük volt iránta (de viszont neki is ő irántuk, ha elszegényedtek), és ha felszabadításuk előtt bizonyos ingyenszolgálatokra kötelezték magukat (iurata operarum promissio), ezekre jogilag voltak szoríthatók.

A rabszolgánál nagyobb, de még mindig csak kisfokú jogképeségük volt a bár szabad, de idegen embereknek, a peregrinusok-nak. Ezek, mint idegenek, eredetileg jogtalanok voltak, de idővel elismertetik jogképeségük, a ius gentium alatt állottak, annak jogait elérhették, ezekben jogalanyok lehettek. Később már a ius civilebeli jogok alanyaivá is lesznek, sőt ez az osztály Caracalla óta, a ki a civitást mindenkinek, ki Róma területén élt, megadta, meg is szűnt. A peregrinusok egy alacsony osztálya volt régebben a de-

diticii, kik azért részesültek a többi peregrinusnál rosszabb bánásmódban, mert fegyverrel kezökben adták meg magokat. Rómában nem lakhattak, ha mégis ott találtattak, rabszolgákként eladták őket és szabadokká többé nem lehettek. Ez az osztály Caracalla idejében nem szűnt meg, fentartotta magát, mint a szabadonbocsátott rabszolgák alacsony osztálya.

A peregrinusnál nagyobb jogképessége volt a Latinus-nak. Ez a jogképesség eleinte tényleg csak a Latiumban lakókra vonatkozott, később egész Italiára, sőt azon túl egyes területek lakóira is kiterjesztetett, úgy hogy a ius Latii helyi terminusból jogi terminussá lett és azt a jogképességet jelentette, hogy valaki vagyongigok alanya lehet, ius commerciije van, de nincs ius connubiije. Caracalla óta ez a jogképesség csak a felszabadítottak bizonyos osztályának volt meg (latini Iuniani), azzal a különbséggel, hogy ezek a felszabadítás útján lett latinusok nem végrendelkezhettek (ez tehát a cselekvési képességnek volt megszorítása).

A jogképességnek következő foka volt a filius familiasé, illetve tágabban az alieni iurisé. Az ő jogképessége nem terjed ki a vagyongigokra és ezért ép úgy, mint a rabszolga mindent urának, a pater familiasnak szerez. Nincs manusa a felesége, patria potestasa a gyermekei fölött, nem végrendelkezhetik (ez már a cselekvési képességre vonatkozik). Csak adósságait szerzé önmagának, azokra civiliter, beperelhetőleg van kötelezve, csupán azzal a megszorítással, hogy végrehajtás nem indítható ellene, hisz nincsen vagyona. Megvan továbbá neki a ius connubiije és a rabszolgához hasonlóan van peculiuma is, még pedig az apától kapott vagyon a peculium profecticium, a mit mástól kapott, p. adventicium, a hadban szerzett a p. castrense, és mikor a kereskedelem és ipar is elismertetett, az itt szerzett vagyon a p. quasi castrense.

Ismét más jogképessége van az emancipatus-nak. Ennek meg van ugyan a jogképessége mindazon jogokra, mikre a filius familiasnak nincs, de másrészt nem illetik meg az agnationalis jogok. Erről különben bővebben lesz szó a családi jogban.

A jogképesség legmagasabb fokán állt végre, valóban civis optimo iure, teljes jogú volt a sui iuris. Ennek van commerciuma és connubiuma, képessége úgy vagyon-, mint családjogokra. (Sui iuris mindenki tekintet nélkül a korra, a ki nem áll pater familias alatt).

Igy volt ez a rómaiaknál. Jogképessége, ma elvileg minden embernek van, még pedig egységes. Ez persze nem zárja ki, hogy bizonyos árnyalatokat fel ne tüntessen és hogy e szerint szűkebb vagy tágabb körű ne legyen. Így a nem kereskedőnek nem lehetnek oly jogai, melyek csak a bejegyzett kereskedőt illetik meg, a nőnek, az idegennek, a becstelennek nincs képessége oly jogokra, mikre más személyeknek van stb.

A jogképességre tehát bizonyos állapotok befolyással vannak. Így a nem, a nőnek ugyanis a római jogban sem politikai jogai,

sem családi hatalmi jogai (*patria potestas*, *manus* stb.) nem lehetnek, életfogytiglan gyámság alatt áll, a jog nem tudása mentségül szolgál neki, kezessége nem kötelezi stb. Befolyással van továbbá a *kor*, a mennyiben az *impubes* sem közjogokat, sem családi hatalmi jogokat nem gyakorolhat, *az egészségi állapot, a becsület, a vallás, a lakhely*. Mindezek a körülmények a cselekvési képességre is befolyással vannak.

A jogképességet az állam szabályozza, még pedig *cogens* szabálylyal. A jogképességet tehát magánintézkedés sem létre nem hozhatja, sem meg nem szüntetheti. A jogképességről lemondani nem lehet. Ezt a tételt, hogy a jogképességet az állam adja, sokan tagadják. Az észjogászok szerint ez a embernek veleszületett joga, *ős-joga*, mely felette áll a pozitív jognak. Ennek helytelenségéről épen a római jog győz meg, hisz az ismert jogképtelen személyeket, rabszolgákat is.

54. §. Az ember jogképességének keletkezése.

1. Születés. Az ember természeti lény lévén, létele természeti törvények alá esik. De vajjon mikor jön létre az ember? A nemzéssel-e vagy a születéssel, ha ez utóbbival, akkor vajjon a megkezdett vagy a befejezett születéssel-e? Ezt már pozitív jogintézkedésnek kell szabályoznia. A római jog a befejezett születést állapítja meg a jogképesség kezdetéül. A források megkivánják ehhez, hogy a gyermek teljesen kilépett legyen az anyatestből, a mi megvan már a köldökzsinór elvágása előtt is. A szülés természetes vagy mesterséges volta itt közömbös. Hogy a gyermek abortusnak ne tekintessék, a 7-ik hónapban szabad csak a világra jönnie, tehát 181 napig az anyaméhben kell maradnia a nemzés után.

Az anyaméhben levő magzat nem személy, nem jogképes, csupán *mulieris portio est vel viscerum*. Az állam, a jogrend ugyan már ekkor is bizonyos irányban gondoskodik róla, védi büntetőjogi sanctióval (magzatelhajtás tilalma) és a magánjognak is van egy csomó szabálya a leendő ember érdekeinek megóvására, kivált az örökjog terén, sőt bizonyos körülmények közt gondnokot is rendel neki. Ezek az intézkedések (l. Kajuch 91. old.) azonban nem a személyiségnek következményei, nem jogai a méhmagzatnak, mint nem előhatásai valóban a perfectté leendő ügyletnek a feltételes ügyletnek ú. n. előhatásai sem. Még fictiv személynek sem szabad a méhmagzatot tekintenünk, mint Rudorff, ki jogi személynek tekinti.

A megszületett gyermek csak az esetben lesz személylyé, ha élve jött a világra. Itt megint irrelevans, vajjon életben maradt-e, vagy rövid idő múlva ismét meghalt-e. Megkivánja azonban a római jog, hogy az élve született gyermek *contra formam humani generis* ne legyen, ne legyen tehát se monstrum, se prodigium.

Minthogy a szülés külsőleg észlelhető tény, könnyen bizonyít-

ható, innen a tétel: mater semper certa est. Nem így a nemzés, hiszen ez még a nemző észleleti körén is kívül esik és ezért egyáltalában nem bizonyítható. Házasságból született gyermeknél az atyaság kérdésében támpontul szolgál némileg a házas feleknek a házasságból folyó érintkezése. Ezen alapszik a vélelem: pater est, quem nuptiae demonstrant. A házasságon kívüli gyermeknél ilyes pótlása a bizonyításnak már nincsen.

Az apaságra vonatkozó fenti mondat nem veendő szó szerint. Csak akkor áll ugyanis, ha a szülés a házasság megkötése utáni 6 hó után, illetve megszűnése utáni 10 hó előtt ment végbe. A házasságkötés első 6 hónapjában született gyermek törvényességét azonban csak a férj támadhatja meg, illetőleg minden bizonyítás nélkül tagadhatja, hogy ő az atyja és így a bizonyítási teher a gyermekre hárul. Az által, hogy a férj a törvényességet nem tagadja, a gyermek a törvényes gyermek jogállásába jut.

Még a hat hónapon túl született gyermek törvényessége is megtámadható. A bizonyítási teher itt a férjre hárul. Allitania és bizonyítania kell, hogy a születést megelőző 182—300 napon belül nejevel nem közöszült, vagy hogy nemzésre képtelen volt. Ezt nem kell ugyan akkép bizonyítani, hogy a nemzés abszolút lehetetlenségét kellene kimutatnia, pl. hogy távol, beteg vagy impotens volt, de mégis úgy, hogy kétségtelenné tegye, hogy a nemzés valóban nem történt meg. Nem elegendő azonban sem az exceptio plurium concumbentium, sem az anya vallomása. Előbbi azért nem, mert nem zárja ki azt, hogy a gyermek a férjé, utóbbi pedig azért, mert vallomást csak saját hátrányunkra lehet tenni, nem pedig máséra, a gyermekéra.

Kötelességévé teszi a római jog a nőnek, hogy ha a házasság megszűnte után anyának érzi magát, a házasság megszűntétől számítandó 30 napon belül ezt bejelentse, még pedig válás esetén elvált férjének, ha pedig a házasság a férj halála miatt szűnt meg, azoknak, kik a törvényes gyermek születése miatt hátrányt szenvednek. A bejelentés elmulasztása megszünteti a gyermek törvényességére vonatkozó praesumptiót. Ugyanez a hatása van annak is, ha a férj a bejelentés vételével az apaságot tagadja.

A rokonság nem esik a felek rendelkezési hatalma alá és ezért a férj elismerése, hogy a nejétől származó gyermek az övé, a rokonság megállapításánál csak bizonyító eszköz. Az elismerés daczára is megtámadható a gyermek törvényes volta. Megállapítja ellenben ez az elismerés az atyasággal járó kötelezettségeket, az alimentatiót stb. A gyermek törvényességét nemcsak az apa támadhatja meg, hanem bárki, kinek jogi érdeke van benne, hogy a gyermek törvényesnek ne tekintessék, sőt még a gyermek is megteheti ezt.

A gyermek származására vonatkozó perben hozott ítélet hatálya, ha a perben az állítólagos apa szerepelt, mindenkire kiterjed. Bár-

mely harmadik megtámadhatja azonban az ítéletet azon az alapon, hogy a per kimenetelét a felek jogellenes egyetértése, összebeszélése okozta.

2. Szabadonbocsátás (manumissio). A rabszolga nem személy, nincs jogképessége, a születéssel tehát nem nyer jogképességet. Nála csak a szabadonbocsátással keletkezik a jogképesség. Azzal azonban, hogy a rabszolgámat elűztem, még nem szűnt meg rabszolga lenni, ép oly kevéssé, mint a dolog eldobása nem szűnteti meg annak dolog voltát. Az ilyen rabszolga servus sine domino, ép úgy, mint a dolog res nullius. A szabadság megadásához külön cselekményre, actusra volt szükség, a manumissióra, szabadonbocsátásra. Ez által a rabszolga libertinus lett (de nem ingenuus). A szabadságot az úr adta meg, hiszen mint láttuk, abszolút hatalma volt servusa fölött. A római polgárnak ez a hatalma nemcsak a rabszolgára terjedt ki, hanem mindenre, a mi a házában van: nejére, gyermekeire, rabszolgáira, állataira és dolgaira. A római családfőnek ez a generalis hatalma: a manus. Azok, a kik és a mik e hatalmi körben benne vannak, együtt adják a familiát. Ezek mind az ő manusa alatt vannak, ezek res mancipi. A manus, a familiához tartozók feletti ez az egységes hatalom, később differentiálódik. Manusnak később csak a feleség fölötti hatalmat nevezzük, míg a rabszolga feletti hatalom potestas dominica, a gyermekek feletti patria potestas, a dolgok feletti dominium nevet nyer és végül mancipium a hatalom azon személyek felett, kik átmenetileg jutnak a római polgár hatalma alá. Mind e hatalomnak régi egységes neve: manus. Ez volt a rabszolga feletti hatalom is. Ezért, ha ura szabadon akarta bocsátani, a manusból kellett őt elbocsátania: manu mittere. Innen a szabadonbocsátás manumissio.

A régi jogban, tehát ius civile szerint, három szabadonbocsátási jogügylet volt: vindicta, censu és per testamentum. A leggyakrabbi volt a vindicta, a mely az in iure cessio formájában ment végbe. Ez t. i. jogügylet volt, mely nemcsak a manumissio céljaira szolgált, hanem sok másra is. Ez sem volt eredeti ügylet, hanem maga is más jogcselekménynek formájában ment végre, t. i. szinleges per volt. Ha valaki a rabszolgát szabadon akarta bocsátani, elmentek a bírósághoz, a praetorhoz, a hol egy szinleges felperes, az ú. n. assertor in libertatem azt mondta: aio hunc hominem liberum esse, azt állítom, hogy ez az ember nem a te rabszolgád, hanem szabad. (A rendes perben, a legis actio sacramentoban, melynek mintájára ez történt, azt kellett mondania: aio hanc rem meam esse, hunc hominem meum esse: állítom, hogy ez a dolog, ez az ember az enyém. Ezzel szemben nem volt elég, ha az alperes ezt tagadta, hanem állítania kellett, hogy nemcsak nem a tied, hanem az enyém. Contravindicalnia kellett, ezért iudicium duplex). Az assertornak vindicatio in libertatemjével szemben kérdezte a praetor a rabszolga urától: contravindicas-ne? Ha ekkor ez

azt mondta volna: igenis, ez az ember nem szabad, hanem az enyém, akkor rendes per keletkezett volna. Ha azonban az úr hallgatott vagy kifejezetten elismerte, hogy ez az ember szabad, akkor a praetor megtette a pronunciatiót, a kijelentést, hogy ez az ember nem rabszolga, hanem szabad. Ennek a szinleges pernek a neve in iure cessio volt. Iusnak hívták ugyanis azt a helyet, a hol a praetor tribunálja állott. Maga az ügylet formai volt, bizonyos ünnepélyességgel történt. Elő volt írva, hogy mindenkinek mit kell szólnia, előirt ritualék voltak. Ehhez a formasághoz tartozott, hogy az assertor, mikor azt állította, hogy ez az ember szabad, egy vindictával, vesszővel megérintette a manumittalandót. Innen a név manumissio vindicta. A vindicta szó különben visszaül a legrégibb peres eljárásra, mikor a felperes tényleg vim dicebat, tényleg kihívta alperest birkózásra. Az ebből a perből kifejlődött legis actio sacramentot követték a manus alatt lévő tárgyak és személyek iránti minden perben. Így, ha valaki tulajdonjogot formált a másiknak dolgára, akkor is ezt az eljárást követték. Később a felek, hogy előző megegyezésüknek nagyobb erőt, jogerőt biztosítsanak, ezt jogügyleteikre használták fel és szinlegesen ebbe a perbe belebocsátkoztak és úgy kötötték ügyleteiket. Ez a legis actio tehát, mely contentiosa, perre szolgáló volt, később voluntaria lett, a jogügylet megkötésének egyik módja. Ilyen szinleges per ma pl. a válópör, ha tudniillik a felek a válásban már előzőleg megegyeztek.

A manumissio másik civiljogi módja a manumissio censu volt. A censor öt évenként összeírást tartott. Ilyenkor a rabszolga dominusa, tulajdonosa odament a censorhoz és kijelentette, hogy ezt az embert tessék a rabszolgastatusból kitörölni és a liber statusba beírni. Ezzel a szabadok száma nagyobb, a római ember vagyona kisebb lett, már pedig mind a kettőt a censor tartotta számon.

A harmadik mód a manumissio per testamentum. Az úr a végrendeletben adhatta meg a rabszolga szabadságát, még pedig vagy közvetlenül vagy közvetve. Ha közvetlenül, akkor a rabszolga az örökség elfoglalásával ipso iure szabad lett ha közvetve, akkor az örökösnek vagy a kit az örökhagyó azzal megbízott, volt kötelessége a rabszolgát szabadonbocsátani. A végrendelet útján történő közvetlen szabadonbocsátást az elegantia hozta magával, mert a szabadonbocsátottak a halottas kocsí után mentek és így a halottas menetet díszítették. Az ilyen szabadonbocsátott volt a libertinus Orcinus, mert szabadonbocsátója az Orcusban nyugszik. Ha a szabadonbocsátás a végrendeletben feltételhez volt kötve, akkor a végrendelet megvalósulása, az örökség elfoglalása az örökös részéről nem volt elegendő, hanem szükséges volt természetesen a feltétel megvalósulása is. A feltétel bekövetkeztéig a szabadonbocsátott csak feltételesen szabad, félszabad, neve statuliber.

Az említett három formán kívül volt egy csomó pongyola forma is. Ezeket a ius civile nem ismerte el, de a praetor ezeknek

az életben kifejlődött formáknak a iudexhez intézett parancsa által saját felelősségére érvényt szerzett. Ilyen szabadonbocsátási formák voltak pl. az úr vendégség közben a rabszolgát asztalához hívja, megvendégeli, ez a m. per mensam; ilyen a m. inter amicos, és per epistolam. Iustinianus a m. inter amicoshoz öt amicus jelenlétét kívánja meg. Az ő idejében már a legfontosabb szabadonbocsátási mód a m. in ecclesia, a templomban. A manumissio vindicta nagy változásokon ment keresztül. Elhagyták azt, a mi cifraság volt benne: az assertort és a praetor helyébe lépő iudex előtt csak a színleges alperes, a gazda és a rabszolga jelent meg. Említ aztán Iustinianus a hivatalos órán kívüli szabadonbocsátást is. Mikor a praetor a theatrumba vagy a balneumba megy, elég, ha a dominus kijelenti előtte: ez az ember szabad és a praetor tudomásul veszi. Tehát a legnagyobb rigorozitásból a teljes alaktalanság felé fejlődött a szabadonbocsátási jogügylet, mint egyáltalában minden római jogügylet.

A manumissiónak az a hatása, hogy a szabadonbocsátott először szabad, másodszor civis Romanus lesz. De azért nem tekintik ingenuusnak, szabadon születettnek, hanem csak libertimusnak. A szabadonbocsátó (tehát a közvetett végrendeleti szabadonbocsátásnál nem az örökhagyó) volt az ő patronusa, a kihez való viszonyában a szabadonbocsátottat libertusnak nevezték. A szabadonbocsátott tehát szabad lett, ez az egyik, a másik meg az, hogy civis Romanus lett. Az ember, mint láttuk, lehet szabad, de azért a status civitatis szempontjából még sem civis. Voltak is esetei a manumissiónak, mikor a manumittált nem lett civis Romanus. Azok a formák, melyek a ius civileből vették magukat, megadták a teljes hatályt, tehát a civitas Romanat is. Ilyen hatású a Nagy Constantinus által behozott forma, a m. in sacrosanctis ecclesiis is. A praetori formák a ius civile szerint még szabadságot sem adtak, ily hatásuk csak a lex Iunia Norbana óta van, de még ezután sem adtak civitast. Az így felszabadítottak a jogképességnek egy kisebb fokát nyerték az ú. n. latinitast (Latini Iuniani). Volt még egy harmadik esete is a szabadonbocsátásnak. Bizonyos infamis rabszolgák, már ismételten rabszolgák, felszabadíttatásuk esetére a lex Aelia Sentia alapján sem római polgárok, sem latinusok nem lesznek, hanem oly állapotba jutnak, a jogképességnek csak oly kis fokát nyerik el, a melyben a peregrinusoknak is csak utolsó fajtája volt: a dediciusok. Iustinianus a felszabadítottak három fajtája közti különbséget megszüntette, és minden felszabadított rabszolgának megadta a civitast. Könnyű volt neki, hiszen Caracalla óta apró kivételekkel a nagy római birodalom minden lakója civis volt.

A szabadonbocsátás a luxusnak egy sajátos fajta volt, a mibe részben üzleti szempontok is belenyúltak. A libertinus ugyanis, ha szabad is lett, ritkán lett azzá ingyen, megfizette ő az árát részben pénzzel peculiumából, részben az eperarum iurata promistio

által t. i. meg kellett ígérenie, hogy dolgozni, robotolni fog ingyen a dominusnak még libertinus korában is. Így a dominusok nem vesztettek sokat, ellenben nyertek egy csomó szavazó gépet. Így nagy csőcselék gyűlt meg Rómában. Részben erre való tekintetből, részben, hogy az úr pusztá henczegésből magát vagyona főrésztől meg ne foszsa, és részben harmadik személyek pl. az úr hitelezői iránti tekintetből két törvényt hoztak, mely a szabadonbocsátást korlátozta: a lex Aelia Sentia és a lex Furia (újabbán Furia-nak olvassák) Caninia. A lex Furia a testamentum általi manumissiót korlátozta, a lex Aelia pedig az inter vivos történet. Ez utóbbi meghatározza a minimalis kort úgy a szabadonbocsátó, mint a szabadonbocsátott részéről. E kornál fiatalabb gazdának csak apud consilium iusta causa manumissionis adprobata volt megengedve szabadonbocsátani. Volt tehát egy külön hivatal, ú. n. consilium, mely a szabadonbocsátásokat megvizsgálta, és a mely a minimalis kornál fiatalabb úrnak iusta causa alapján megengedhette a szabadonbocsátást. Ilyen iusta causa, ha a rabszolga a szabadonbocsátó atyja, anyja, fia, lánya, testvére, tanítója, dajkája stb. A lex Aelia-nak egy másik már említett intézkedése, hogy a megbélyegzett, szabadonbocsátásra nem érdemes rabszolgák szabadonbocsátását megtiltja, de ha mégis szabadon bocsátatnék, nem lesz civis, hanem csak dediticius. Iustinianus mind a két törvényt eltörölte. Az a köztekintet, hogy Rómában ne legyen csőcselék, Iustinianus korában annyiban nem számított, mert az udvar nem szívesen pártolta a régi római gőgöt. Másrészt meg a kereszténység behatása szüntette meg a manumissio korlátait.

Egyenrangú volt a manumissióval a rabszolga felszabadulása a gazda ténye nélkül. Így szabaddá, jogképesé lesz az a rabszolga, ki bizonyos bűntényeket fedez fel, az ellenség foglya szabaddá lesz a fogságból való kiszabadulása által, még pedig szabad a ius postlimini-nél fogva.

55. §. Az ember jogképességének változása.

Változik a jogképesség vagy gyarapodólag, vagy csökkenőleg. Gyarapodólag:

1. Ha a libertinus a fejedelemtől a ius aureorum annulorum-ot kapta, patronatus alatt maradt ugyan, de egyéb tekintetben ingenuussá lett. Ha pedig a restitutio natalium-ot kapta, teljesen az ingenuus jogképességet nyerte.

2. A latinus és peregrinus teljes jogú polgárrá válik:

- a) a latinus, ha hazájában hivatalt viselt, Rómában házat épít;
- b) a latina, ha három gyermeke volt;
- c) a latinus Junianus az iteratio manumissionis által vagy az által, hogy római polgárnőt vagy latinát vett nőül és e házasságból már anniculus, egy éves gyermeke van;
- d) a peregrinus az államtól kaphat civitas Romana-t.

3. Gyarapodik a jogképeség, ha alieni iurisból sui iuris lesz, így ha a paterfamilias meghal, a suusok sui iurisok lesznek. Sui iurissá lesz az alieni iuris emancipatio által is, ezt azonban a rómaiak nem gyarapodásnak, hanem a jogképeség-csökkenésének vették, mert az emancipatus az agnacionalis jogokra való képességet elveszti.

4. Az infamiat (l. lejjebb) megszünteti a famae restitutio, ha t. i. a fejedelem rehabilitálja a bectelent, vagy ha a hatósági határozat, mely az infamiat maga után vonta, hatályát veszti.

Csökkenőleg:

1. A capitis deminutio által. Caput az embert megillető jogképeség. Capitis deminutio tehát jogképeség csökkenése. A jogképeségnek három foka lévén a római jogban, háromféle a capitis deminutio is.

Capitis deminutio maxima, ha az ember a status libertasát veszti el, rabszolgává lesz. Ez azonban a jogképeségnek nem változása, hanem megszűnése.

Capitis deminutio media a status civitatis változása, pl. a ki más állam kötelékébe lép, cui aquae et ignis interdicitur, a száműzött, a szigetre deportált.

Capitis deminutio minima, változás a családi állapotban, a régi római család agnat lévén, melynek sajátága épen az, hogy változtatható. A vérrokonsági család (cognat család) nem változtatható. A capitis deminutio esetei: a mancipio dare (az atya eladja fiát), in manum conventio (a nő házasodása), datio in adoptionem, az arrogatio és az emancipatio. Ezekről bővebben a családjogban lesz szó. (Az emancipatio voltaképen nem csökkenése a jogképeségnek, hanem ellenkezőleg gyarapodása, hisz alieni iuris sui iurissá lesz. Itt tehát a capitis deminutio név cum grano salis veendő.)

A capitis deminútióval a status változásán kívül a szerződéses adósságok és a személyes szolgalmak megszűnése járt. Előbbin a praetor úgy segített, hogy a hitelezőknek in integrum restitutio útján újból megadta a keresetet, utóbbit pedig Justinianus szüntette meg a capitis deminutio minimára vonatkozólag. A két első capitis deminúciónak hatása a consumptio existimationis, a becsület elvesztése is.

Sohm a capitis deminútiót úgy fogja fel, hogy az nem változása a jogképeségnek, hanem megszűnése a régi és keletkezése egy új jogképeségnek, tehát mintegy személyjogi novatio.

2. Minutio existimationis. Ennek két fajtája volt. a) Infamia. A praetori edictum felsorolta az okokat, melyek miatt valaki becsületében, azaz a törvény előtti személyes érvényesülésében fogyatékossgot, infamiát szenvedett. Ez az infamia vagy magából az elkövetett bectelenítő cselekményből folyt, tehát ipso iure, ez az infamia immediata (pl. a tisztességtelen foglalkozás, a katonai szolgálatból való tisztességtelen elbocsátás, a kettős házasság, a gyászév letelte

előtt férjhez menő özvegy, házasságtörő nő, esküszegő, színész, viador stb. eseteiben) vagy csak akkor, ha az illető a becstelen cselekmény által hatósági határozatra ad alkalmat (pl. az *actiones famosae* eseteiben). b) *Turnitudo*, a praetori edictumban fel nem sorolt esetekből származó becsületvesztés, tehát a társadalom ítélete alapján.

Az *existimationis minutio* mindkét fajának következményei: elveszti a *ius honorum* és *ius suffragiū* (ez tehát a közjogi jogképességnek csökkenése), meg van szorítva a *ius connubii* is, ugyanis szabadszűletésű a *lex Papia Poppaea* szerint infamissal házasságot nem köthet, a becstelen gyám nem lehet, ellenében az elhunyt testvérei is megdönthetik az *inofficiosus* végrendeletet, a perben nem képviselhet és nem tanuskodhatik. Ez tehát részben a cselekvési képességre vonatkozó változásokat is tartalmaz.

3. A *serdült korba* (*pubertas, minor aetas*) lépés által is változik a jogképesség, a mennyiben a római ezzel közjogokba és családi hatalmi jogokba is léphet. Az életkor változása különben főleg a cselekvési képességre van befolyással, ép úgy, mint a nem, az egészségi állapot, a becsület és a vallás.

56. §. Az ember jogképességének megszűnése.

Megszűnik a jogképesség a római jog szerint a *capitis deminutio maxima* és a halál által.

1. *Capitis deminutio maximat* szenved az, ki rabszolgává lesz, tehát a ki az ellenség fogságába kerül, a ki büntetésből lett rabszolga (*poenae servus*), a kit *trans Tiberim* adtak el magán- vagy közadósságai (közszolgálatok alól való kibujás) miatt rabszolgának, az a halátlan *libertinus*, a kit szabadonbocsátója *revocál* a rabszolgáságba és a *Sc. Claudianum* szerint az a szabad nő, ki állandó nemi közösségben él valamely rabszolgával.

2. *A halál.* Ma az egyedüli módja a jogképesség megszűnésének. Valamely jog megállapításánál fontos lehet a kérdés, meddig élhet még valaki pl. valamely járadéklegatum alkalmából a *quarta Falcidia* kiszámításánál, vagy a vasúti szerencsétlenség áldozata valószínű életkorának megállapítása fontos rokonainak kárpótlási igénye esetében. Ily valószínű életkorokat a *Digesták* (I. 68. Dig. 9^o, 2.) két táblázatban állapítanak meg.

Más kérdés a halál tényének megállapítása. A halált és az élet egyaránt bizonyítani kell. Az élet ugyanis nem jog, és így letkezése (a születés) nem állapít meg vélelmet annak fennmaradására. (I. old.) A halál bizonyítása azonban nem mindig könnyű. Így néha a haláleset időpontjának egymáshoz való viszonya lehet kétséges. Ilyenkor fontos érdekek fűződnek hozzá. Ezért ha pl. valamely örökös igény azon mulik, hogy A. túlélte-e B.-t, akkor, ha ez a tény nem bizonyítható, az igény teljesen elvész. Ez alól csak két ki-

vétel van: 1. Ha a két személy, kinek haláláról szó van, szülői és gyermeki viszonyban áll egymáshoz, és haláluk oka valami közös veszély, pl. tűzvész, akkor az ellenkezőnek bebizonyításáig a vélelem az, hogy a serdületlen gyermek szülője előtt, a serdült pedig utána halt meg. 2. Házastársak közti és halál esetére szóló ajándékozások érvényesek, még ha az ajándékozó és az ajándékozott is meghalt és ki nem deríthető, melyik halt meg előbb.

Lehetséges továbbá, hogy a valószínűség valakinek halála mellett szól, noha ez biztonsággal meg nem állapítható, pl. valaki már nagyon régen kivándorolt az országból vagy hajón utazott, mely útközben elsüllyedt, színházégés alkalmával ott volt a színházban és azóta nyoma veszett stb. Már pedig fontos érdekek függhetnek valaki halálának bebizonyításától, ettől függ vagyonának, valamely rájutó örökségnek, őt megillető járadéknak a sorsa stb. Ezek az érdekek megkívánják, hogy a halálozásra vonatkozó kérdés sokáig eldöntetlen ne maradjon. Hogy a rómaiak mikép küzdötték le ezt a nehézséget, a mely természetesen náluk sem volt ritka, arra kifejezetten forráshely nem mutat. Az elveszett vagyonát szükség esetén curator bonorum absentis kezelte, a holtányilváníítás ügyében pedig a bíró valószínűleg az eset körülményei alapján szabadon döntött. Ma ennek a szabad mérlegelésnek a helyébe a vélelmek alapján történő holtányilváníítás lépett, mely szabályozása és hatásai szerint a különböző jogterületeken különböző. Az olasz romanisták a formális bizonyítási teoriának megfelelően külső tényekhez tapadó vélelmeket állítottak fel: az elveszett meghaltnak tekintendő, ha az emberi kor legvégső határát (rendesen 100 év) átlépte, addig életben maradása vélelmezetik.

57. §. Az ember cselekvőképessége.

Cselekvény a tudatos és akaratos testi magatartás (59. old.). Cselekvényt tehát csak az vihet véghez, a ki tetteit kellően meg tudja fontolni és akaratát alkalmasan ki tudja fejezni. Ez a cselekvőképességnek természetes fogalma. Jogivá a cselekmény az által lesz, hogy a pozitív jog a természetes cselekményhez jogi hatást fűz. Ennek megfelelőleg jogilag is csak az lesz cselekvőképes, kinek képességét a cselekvésre a jog elismeri. Cselekvőképességet tehát a jog nem adhat, hanem csak elismerheti a már meglévő természetes cselekvőképességet. A ki természetileg nem cselekvőképes, az jogilag sem lehet az. Ez okból nem cselekvőképes az örült, a teljesen részeg, a kis gyermek. Másrészt azonban a jog megtagadhatja a cselekvés jogi hatását olyantól, ki természetileg cselekvőképes.

A jogképességhez hasonlóan a cselekvési képesség is cogens jogszabályon alapul. Magánrendelkezéssel sem meg nem adható, sem meg nem vonható. Ezért nem jár a cselekvőképesség csökke-

nésével, ha valaki önként gondnokság alá helyezkedik. A cselekvőképeségre befolyással bíró körülmények a kor, a nem, a vallás, az egészségi állapot stb.

1. *A kor.* A cselekvőképeség szempontjából a pandektajog 4 kort különböztet meg: *infans* (a 7-ik évig), a többi serdületlenek (*impubes infans*, *maiores*, lányoknál a 12-ik, fiuknál a 14-ik évig), serdültek (*puberes minores viginti quinque annis*) és nagykorúak (*maiores XXV annis*). A kor befolyása a cselekvőképeségre a cselekvőképeség változásának fejezetébe tartozik.

2. *A nem.* A régibb korban a nők úgy cselekvési, mint jogképesége meg volt szorítva. Egész életükön át nem tett szert teljes önállóságra, a mennyiben vagy atyai, vagy férji vagy gyámi hatalom (ú. n. nemi gyámság) alatt állott. Hogy pedig a gyámi hatalom mennyiben szorítja meg a cselekvőképeséget, arról az alábbiakban bővebben lesz szó. Már később tűnedezik a különbség férfi és nő közt, úgy hogy Justinianus idejében a nemi gyámság már ismeretlen.

3. *Egészségi állapot.* Az elmebetegek gondnokság alatt állnak, mert teljesen cselekvőképtelenek, úgy ügyletek, mint vétségek tekintetében. (Kivéve az ú. n. lucida intervallat.) Gyengeelméjűség csak oly cselekvényekre tesz képtelenné, melyeknek megítélésére a beteg felfogása nem képes. Ugyanezek a szempontok mérvadók a részegségnél és hasonló állapotoknál. Az elmebetegség tényleges létele kizárja a cselekvőképeséget még akkor is, ha a birói gondnokságkirendelés még nem történt meg. Vakok, némák, süketek csak oly cselekményekre képtelenek, a melyek véghezvitelére hiányzó érzékükre szükség van. Ezek is kérhettek gondnokot (*curator debilium*), ez esetben korlátozott cselekvőképeségűek voltak.

4. *A prodigus, a tékozló,* a ki nem elégedik meg a *bonum non paternum*-mal, hanem a *bonum paternum*-ot, az atyjától rámaradt vagyont is pusztítja. Nem segít azonban a jog az ostobán sem *curatornevezéssel*, sem más módon, az teljes cselekvőképeségű (*stultis non succuritur*).

Nincs ellenben befolyással a cselekvőképeségre az a körülmény, hogy valaki *sui* vagy *alieni iuris*-e. Vannak ugyan különbségek közöttük az ügyletek véghezvitele és hatása tekintetében, de ez nem a cselekvési, hanem a már tárgyalt jogképeségi különbségeknek a hatása, következménye. A jogképeségnek ilyen megszorításából folyik a *senatus consultum Macedonianum* intézkedése, hogy a *filius familias* pénzkölcsöne csak *naturaliter* kötelezi. Ha ezt korlátozott cselekvőképeségre akarnók visszavezetni, akkor nem állhatna a római jognak az a szabálya, hogy a hitelező teljes hatályú kötelmet szerez, ha a kölcsönvevőnek *filius familias* voltát menthetően nem ismerte. Szintén a jogképeségnek korlátozottsága és nem a cselekvőképeség megszorítása az is, hogy a *filius familias* a *peculium castense* és *quasi castense* kivételével egyéb vagyonáról végrendeletet nem készíthet. Csak a jogképeség változása magya-

rázza meg, hogy az arrogatio esetén az arrogált régebbi végrendelete megdől, mert a cselekvési képesség változása nem jár ilyen hatással. Hogy pedig a filius familias adventiciáiból atyja beleegyezése nélkül semmit sem idegeníthet el, az annak következménye, hogy az atyának haszonélvezeti és rendelkezési joga van ezek fölött a javak fölött.

58. §. Az ember cselekvőképességének keletkezése, változása és megszűnése.

I. A 7 éven aluli gyermek (*infans*) teljesen cselekvésképtelen, mert *nullum intellectum habet*. Csak azt az egyet ismerték el, hogy ajándék útján birtokot és tulajdont szerezhetsen, ha t. i. ezt a cselekményét megérti. Cselekvésképtelen az *infans* a vétségek szempontjából is, még pedig úgy, hogy nemcsak büntetlen marad, de kártérítéssel sem tartozik. Némi cselekvőképességet nyer, tehát keletkezik a cselekvőképessége a gyermeknek a 8. évbe való beléptével. A 7—14 (lányoknál 12) év közti gyermekek az ú. n. *impubes* a tilos cselekmények tekintetében nem esnek egyenlő beszámítás alá. Függ az individualis értelmi képességtől (*iniuria capax-e?*), sőt a vétkes cselekmény minőségétől is. Így ablakbetörésért felelős, de ha értékpapírt éget el játékból, azért nem felel. Úgy általában azt lehet mondani, bár ez nem *praesumptio iuris*, hogy az infantiához közel állók (*infantiae proximi*) *doli incapaces*, ellenben a *pubertati proximi* már beszámíthatók. Ügyleti cselekvőképesség szempontjából az *impubes*nek csak alsóbb cselekvőképessége van. Oly ügyleteket köthet, melyek által jogot szerez, kötelezettségtől mentesül, ellenben gyámja auctoritása nélkül nem köthet oly ügyletet, melyből rá hátrány hármlik, tehát melyből kötelezettséget vállal, vagy melynek folytán valamely jogát elveszti. Így, bár nem tartalmaz közvetlenül joglemondást vagy kötelezettségvállalást, nem fogadhat el zálogot (*propter metum pigneraticiae actionis*), nem fogadhat el örökséget (a hagyatéki tartozások miatt), nem fogadhat el fizetést, teljesítést, mert ezzel követelési jogát veszti el stb. És e tekintetben nem a concret ügylet a mérvadó, hanem abstracte kell megítélni. Így valamely adósságnélküli örökség elfogadása még közvetve sem tartalmaz hátrányt és még sem elegendő a serdületlenség nyilatkozata. (A felsőbb cselekvőképességnek is van azonban már némi csirája a serdületlennél, a mennyiben t. i. elvállalt kötelezettsége gazdagodása erejéig perelhető, gazdagodás nélkül *naturalis* [nem perelhető] kötelmet szül.) Annak az elvnek megfelelőleg, hogy kötelezettséget nem vállalhat, de jogot szerezhetsen, a kétoldalú jogügyleteknél a jog, a mit szerez, az meg van szerezve, de a kötelezettség nincs elvállalva. Az ilyen ügyletek, a melyeknek csak a szerző oldaluk érvényes, de a kötelező nem, *negotia claudicantia*. Így vagyunk az ügylettekkel, melyeket a *pubes* vagy *infantia maior* maga köt. Érvényes azonban minden

ügylete, melyet praesentis tutoris auctoritate köt. Mert a mint a családi jogban tanulni fogjuk, a pubertásig a sui iuris egyének tutela alatt állanak. Hogy tehát az impubesnek passiv ügylete érvényes legyen, ahhoz szükséges volt, hogy a gyám az ügyletnél jelen legyen és auctoritását interponálja, az ügyletnek a kötés közben hozzájáruljon. Eddig tehát az impubes részéről az ügyletkötésnek két módjáról beszéltünk: 1. ha önmaga köti az ügyletet, ily ügyletből csak előnyt szerezhethet, hátrányt nem; 2. ha a tutor auctoritásával interpositiójával köti, ilyenkor egy-két később említendő kivétellel bármily jellegű ügyletet érvényesen köthet. E kettőhöz járul egy harmadik mód, melylyel ügyleteket köthet, t. i. a tutor köti maga a pupillus, a gyámolt helyett, mint az ő képviselője. Csakhogy a római jog a képviseletet, úgy mint azt ma ismerjük, meg nem ismerte, a tutor tehát nem volt igazi képviselő, mint ma, hanem titkos képviselő, bizományos (80. oldal). A tutor a saját maga nevében nyerte a jogokat és kötelelességeket és azután átruházta őket a pupillusra. A császári időben a tutor által kötött titkos képviseleti ügyekben volt a pupillusnak, a gyámoltnak, tehát az impubesnek már közvetlen actio utilis a gyám jogügyletéből folyólag a másik ügyleti fél ellen, illetve a másik ügyleti félnek az impubes ellen, még ha a tutor a jog és kötelezettség átruházást még nem is vitte véghez. Ez időtől fogva úgy állunk, mintha a tutor a pupillusnak igazi képviselője volna.

Végrendeletet és nem vagyoni jellegű ügyletet, pl. házasságot a serdületlen, még gyámja auctoritásával, illetve annak képviselete által sem köthet, sollemnis ügyleteknél mint tanú nem szerepelhet.

II. A serdült korba való lépéssel a cselekvőképesség megváltozott, gyarapodott. Hogy mikor kezdődik a serdülttség, illetve meddig tart a serdületlenség, arra a rómaiaknál két nézet volt: a sabinianusok és a proculianusok nézete. A sabinianusok esetről esetre akarták eldönteni a habitus corporis szerint, hogy serdült-e már az illető vagy nem, míg a proculeianusok fix kort akartak megállapítani, mely szerintük a nőnél 12 év, a férfinál 14 év. Az igazságosságnak a sabinianusi nézet felel meg, de könnyebben kezelhető a másik. Volt egy harmadik nézet is, hogy a két nézetet kombinálni kell és ez győzött is, a mennyiben a lányoknál a fix kort fogadták el, míg a fiuknál esetről esetre döntöttek. Iustinianus azon az alapon, hogy nemcsak a lányoknál, hanem a fiuknál is a vizsgálat impudicum est, úgy dönt, hogy mindkettőnél elfogadja a proculeianusok nézetét. Nő tehát 12 éves korában, fiú pedig 14 éves korában lesz pubessé. E kortól kezdve a sui iuris fiú felszabadul minden hatalom alól, a nő a régi időben a tutela mulierumba kerül, de a Iustinianus alatt már szintén felszabadul minden hatalom alól. A pubertásban a lex Plaetoria (Kr. u. 286) óta megkülönböztetjük a nagy és kis kort: pubertas maior és minor viginti quinque annis. A 25-ik évvel éri el úgy a fiú, mint a lány a teljes

nagykorúságot (melyet, minthogy törvény hozta be, *legitima aetasnak* is neveznek), addig sem áll már tutela alatt, de kérhetett magának, ha úgy tetszett neki, curatort. A lex Plaetoria előtt a pubes teljesen cselekvőképes volt úgy vétségek, mint ügyletek tekintetében. A vétségképeség tekintetében a lex Plaetoria semmi változtatást sem idézett elő, sőt az ügyleti képességet sem vonta meg a minor viginti quinque annis-tól. A lex Plaetoria csak azt hozta be, hogy ha a pubes minort valamely általa önállóan kötött jogügyletben megcsalták, si tactus sit, akkor a praetorhoz járulhatott panaszával, a ki aztán a jogügyletet előleges ügyvizsgálat után (causa cognita) érvénytelennek nyilvánította, azaz a kiskorút in integrum restituálta. Ha pedig maga a csaló lépett fel actióval, melylyel a pubest az ő előnyére való cselekvésre akarta kényszeríteni, akkor a pubes minor *exceptio legis Plaetoriae*-vel élt. Később a praetor kiterjesztette ezt a praxist és kimondta, hogy ezentúl nem fogja vizsgálni, vajjon a hozzája forduló minor megcsalatott-e, hanem előleges vizsgálat nélkül is a minornak, annak pusztá kérelmére, *exceptiót* fog adni, őt in integrum fogja restitálni, azaz a jogügyletet érvénytelennek fogja nyilvánítani. Ezzel a gyakorlatban oda fejlődött a dolog, hogy a 25 éven aluli ember nagyon könnyen köthetett jogügyletet és ha jónak látta, meghagyta, ha nem, akkor in integrum restitutiót kért. Hogy ezt a másik fél kikertülje, úgy védte a bőrét, hogy a minorral csak akkor kötött jogügyletet, ha az curatorról gondoskodott, mert ez esetben sem *exceptióval* nem élhetett, sem in integrum restitutiót nem kérhetett. Így a kiskorú kényszerült curatort fogadni és ezzel önmaga korlátozta a maga cselekvőképességét. Marcus Aurelius császár meghagyta, hogy a tutor hivatalának lejártá előtt, azaz mielőtt a pupillus pubes lesz, gyámoltját arra intse, hogy magának curatort vegyen. Ezóta ténylegesen gyakorlattá vált, hogy a pubes curatort vett magának. Okvetlenül azonban ennek nem kellett megtörténnie. Ez idő óta kétféle minor van: minor curatorem habens és minor curatorem non habens. Cselekvőképeség tekintetében, a *minor curatorem non habens*nek teljes cselekvőképesége volt, csak hogy az ilyennel a még mindig divó in integrum restitutio folytán nem igen kötöttek jogügyletet. A *curatorem habens* korlátolt cselekvőképeségű volt. Az ilyen csak olyan jogügyletet köthetett egyedül, melyből a maga számára jogot szerzett, ha pedig kétoldalú szerződést kötött, az negotium claudicans volt. De facto tehát a *minor curatorem habens* az impubessel egyenlő volt azzal a különbséggel, hogy sollemnitási tanú lehetett, végrendelkezhetett, esküt tehetett, vallást változtathatott és megházasodhatott sine consensu curatoris. Minden egyébhez szüksége volt a curatornak akár előleges, akár utólagos beleegyezésére (nem volt szükség a curator személyes részvételére, mint a tutornál).

A minor pubertásban is két fokot különböztettek meg: *pubertas plenat* és *minus plenat*; a határ fiuknál 18, lányoknál 14 év. E

megkülönböztetés azonban a cselekvőképesség szempontjából irrelevans.

III. A maior viginti quinque annis korlátlanul cselekvőképes, hacsak e tekintetben más okból nem korlátoztatott. A már előbb is tehetett nagykorúvá princeps rescriptumával a 20-ik, illetve lányoknál a 18-ik évben. Ez a venia aetatis. A nagykorúsítottak teljesen azonos cselekvőképességűek a maiores puberes-sel, csak ingatlanok elidegenítésénél szorultak a bíróság engedélyére és a hol kifejezetten a teljes kor említettik, ezt kell tekintetbe venni.

B) Változik a cselekvőképesség a kor haladtán kívül az által, hogy valaki tékozlónak nyilváníttatik (az ilyen vagyonjogi ügyleti képessége tekintetében teljesen hasonló az impubeshez, vétségi képessége intact), és bizonyos tekintetben az existimationis minutio által. (L. o.)

C) Megszűnik a cselekvőképessége annak 1. ki őrültté lesz. Az őrült ennél fogva gondnokot kap, a mit őrültté nyilvánításnak kell megelőznie. A furiosus mellett a curatornak az a helye van, mint az infans impubes tutorjának. Curatelának csak azért hívjuk, mert engedelmességről itt szó nem lehet és a tutela mégis hatalmi viszonyt jelent. Igen fontos gyakorlati kérdés, vajjon az őrültté nyilvánítás (gondnokság alá helyezés) maga megszünteti-e vagy csak declarálja a meglevő őrültség következtében már úgyszólván megszünt cselekvőképességet. A constitutiv hatályt voltaképpen meg kellene tagadnunk, ha az őrültté nyilvánítás célját nézzük, de pl. a magyar jog (gyám-törvény 33. §. 3. bekezdés) ily constitutiv hatályt ad az őrültté nyilvánításnak, csak hogy korlátozottabb terjedelemben, a mennyiben magából az őrültté nyilvánításból nem folyik a teljes cselekvőképtelenség, hanem csak a korlátozott cselekvőképesség (felső cselekvőképtelenség). A magyar jogban tehát a helyzet az, hogy az őrültségből teljes cselekvőképtelenség folyik, ha valóban őrült nyilváníttatik őrültté; ez az őrültté nyilvánítás csak declarativ. Magából az őrültté nyilvánításból csak korlátozott cselekvőképtelenség folyik, de ez még akkor is, ha a nyilvánított nem is volt, vagy már nem őrült, vagy ha lucidum intervalluma van is, e tekintetben, a felsőbb cselekvőképesség tekintetében, tehát az őrültté nyilvánítás constitutiv hatályú.

Megszűnik a cselekvőképesség 2. a halál által.

59. §. A személyiségnek egyéb jogai. Az ember személyi jogainak védelme.

A 21. §-ban kifejtettük, hogy a személyiség joga névvel az újabb pandektisták mit jelölnek meg. Ha egyrészt a jogképesség és cselekvési képesség alanyi jog voltán lehet is vitatkozni, úgy másrészt kétségtelenül áll, hogy az ott említett személyiségi jogok valóságos alanyi jogok. Az abszolút jogok körébe tartoznak, tehát mindenki ellen, kivéve a jogosultat, irányuló tilalmak. Ennyiben

használnak a dologi jogokhoz, különböznek azonban tőlük abban, hogy nem vagyoni célzatúak, tárgyuk, t. i. élvezeti objectumuk nem dolog, hanem a személy, a személyi sphaerának valamely alkotó eleme. Ez közös vonása az összes személyi jogoknak, ez alapon alkotják ezek a különféle egymástól igen különböző jogok az alanyi jogok egy külön osztályát, a személyi vagy személyiségi jogok osztályát. Gierke, e tannak legkiválóbb művelője a következőképen jellemzi ezeket a jogokat: 1. A személyiségi jogok magánjogok, tehát civilis perben érvényesíthetők. 2. A személyiségi jogok, mint olyanok nem vagyongjogok, bár a családjogokhoz hasonlóan vagyongjogi célzatúak illetve tartalmúak lehetnek, de csak a személyi jogi mag épségben maradásával. Sőt bizonyos fokig a vagyongjogi tartalom, illetve annak egy része, önállósulhat, de teljesen sohasem különül el a személyi jogi mag köré alakult egységtől. A kiadói jog a szerzői jog folyománya marad, ép úgy, mint az atya haszonélvezeti joga az atyai jog folyománya. Némely személyiségi jogok tehát egyszersmind vagyongjogok, és mint ilyenek abszolút vagyongjogok, jogok testetlen dolgokon (itt nem a római jogi terminus értendő, mert *res incorporalis* maga is jogot jelent), vagy mint újabban szokták őket nevezni: *immaterialis jogok*. 3. A személyiségi jogok *iura personissima*, egy bizonyos személyre vonatkozólag keletkeznek, hozzá kapcsolódnak és vele együtt szűnnek meg. Csakhogy abban a mértékben, a melyben tárgyuk önálló obiectiv létet nyer sok eltérést mutatnak a legszemélyesebb jogok természetétől.

A személyiségi jogok keletkezése. A legfontosabb személyiségi jogok a személyiséggel együtt keletkeznek, mások egyénileg szerezhetnek. Az utóbbiak egynémelyikénél nyilvános megállapítás (lajstromozás stb.) is szükséges, hogy egyáltalában, illetve hogy teljes hatálylyal megszereztesse.

Változás. A személyiségi jogok elvben átruházhatlanok. Némelyeknek gyakorlása azonban vagy egészben vagy részben, sőt egyeseknél maga a jog is átruházható. Mások csak valamely más joggal együtt, melylyel függőségi viszonyban vannak, ruházhatók át. Ilyenek a reáljogosítványokként valamely telekhez kötött személyiségi jogok, továbbá azok, melyek valamely üzlet vitelével vannak összekötve.

Megszűnés. A személyiségi jogok elvben a személyiséggel együtt szűnnek meg. Vannak azonban átörökíthető személyiségi jogok is, de szabály szerint ezek sem örökké tartóak. Egyesek, pl. a szerzői jog, az eredeti személyt csak bizonyos időtartammal élik túl, mások, a találmányi jog és némely szerzői jogok már keletkezésüktől fogva *praeclusiv* határidőhöz vannak kötve. Csak egyes kivételes jogok állandóak, így valamely telekhez vagy üzletvitelhez kötött jogok. Másrészt bizonyos személyiségi jogok még a személy megszűnte előtt is megszűnhetnek, némelyekről le is lehet mondani.

A telekhez, üzlethez kötött jogok a telekkel, az üzlettel együtt mennek veszendőbe.

Az egyes személyiségi jogokat már az általános részben felsoroltuk. Ezek a római jogban még nem domborodtak ki, nem nyertek tudatos önálló elismerést, a mennyiben anyagilag általában már megvoltak, nem emelkedtek ki a személyiségnek általános jogából. Védelmükre az általános személyiség védelmére szolgáló actiók és különösen névszerint az actio iniuriarum szolgált. Az actio iniuriarum a személyiség bármely jogának megsértéséből fakadó igény, illetve kereset, mely tehát a jog és cselekvőképesség védelmére is szolgált. Minthogy pedig a személyiség jogának megsértése delictum számba ment (iniuria), ez actióról bővebben a kötelmi jog delictum-tanában fogunk szólni. A személyiségnek, illetve szűkebben a római jog szerint a statusnak nem védelmére, hanem megállapítására szolgáltak az ú. n. status perek, a melyeknek actiója tehát actio praeiudicialis. Ilyet indíthat az is, kinek statusát kétségbe vonták, és az is, a ki kétségbe vonta. Az, a kinek a statusa vitás, a pernek tárgya lévén, a maga személyében nem lehet se fel-, se alperes, hanem képviselőre szorul (assertor, vindex).

II. FEJEZET: A TESTÜLET.

60. §. A testület fogalma.

A jog célja az emberi érdekek biztosítása és előmozdítása. Az emberi érdekek első sorban az egyes ember által érhetők el, de számos emberi érdek az egyes ember által vagy általában nem, vagy csak tökéletlenül érhető el, megkívánja az elkülönített erők egyesülését. Egyrészt az egyes erejének elégtelensége, másrészt pedig a cél közös voltanak tudata az okai az emberi egyesülésnek. Ezek az egyesülések igen változatos alakulatúak, kezdve a házaságtól, a kereskedelmi társaságokig, az államig. Ez egyesülések körében különösen egy csoport vonja magára a jogász érdeklődését, az ú. n. testület (*corporatio, universitas personarum*).

A testület embereknek egyesülése bizonyos célra. Ez az egyesülés nemcsak már meglevő emberekre van alapítva, hanem akár meghatározott, akár határozatlan számú jelenlegi és jövőbeli tagokra terjed ki. (Ily értelemben nevezi a francia jog a részvénytársaságot *société anonyme*-nak, mert tagjai nincsenek közvetlenül meghatározva.) A testület számos oly érdeknek viselője, melyek nem azonosak az egyes tagnak érdekeivel. Szóval a testület saját érdekekkel, önálló életműködéssel, saját akarattal bíró lény. A testület társadalmi alakulat, nem természeti teremtmény, mint az ember, szemmel nem látható, kézzel nem fogható, mindazonáltal azonban nem fictio, nem semmi. Teljesen fölösleges a testületet az ember, mintájára, szerves

lény mintájára felfogni. Ez a téves kép vezetett ahhoz, hogy ellentétbe helyezték a természetes emberrel a testületet (és alapítványt) mint mesterséges személyt, ú. n. jogi személyt. Csak oly módon tudták okát adni, hogy a testületnek jogai lehetnek, hogy többé-kevésbé embernek tekintették. Csakhogy az az ellentét, hogy az ember a természetes, a testület és alapítvány pedig mesterséges jogalany, nem felel meg a valóságnak. Az emberiség történelme egyrészt, az ethnographia másrészt épen azt bizonyítja, hogy a kezdetleges korban és a kezdetleges népeknél nem az egyesnek vannak jogai, hanem jogai csak a köznek, tehát az ú. n. jogi személynek vannak. Az egyesnek a joga csak úgy keletkezik, hogy a köznek jogai vitetnek át rá, nem pedig úgy, hogy az egyes joga vitetik át a közre. Nincs tehát szükségünk arra a képre, hogy a köz, a testület mesterséges embernek, ú. n. jogi személynek tekintessék, mert ez a kép azt jelenti, hogy a köznek a testületnek csak úgy és csak azért van joga, mert és a mennyiben embernek tekinthető. Ez nincs így. A testület emberi célok, nem épen az egyes ember céljainak megvalósítására szolgál, ezért államilag védett érdekkörnek a középontjában áll, vagyis jogalany. Ez persze összefügg azzal, a mit már az általános részben mondtunk, hogy jogalany nemcsak ember lehet. Különbözik a testület még oly értelemben sem jogi személy, hogy talán a jogrendnek, positiv jogi intézkedésnek köszönné létét. Ez szintén téves felfogás. A jog nem alkotja, hanem csak szabályozza a társadalmi, tehát természetes úton létrejött testületeket, meghatározza jogi létük, jogképességük, személyiségük (ismét a helytelen kép) feltételeit, de csak ép úgy, mint teszi az embernél. (L. 43. oldal.)

A jogi személy terminus ennek megfelelően elvetendő. Ha mégis használjuk, akkor az alatt, hogy a testület jogi személy, azt kell értenünk, hogy önállóan jogot és kötelezettséget nyerhet, hogy önálló jogalany.

Jogi személyiséget, képzelt emberi szervezetet nemcsak a testületnek, hanem az alapítványnak is adtak. E kettőt foglalták jogi személy név alatt egybe. Voltaképen azonban e kettőnek semmi oly közös vonása sincsen, a melylyel ellentétbe volnának állíthatók az emberrel, mint jogalannyal; az ellentét csak az, hogy, ha testület vagy alapítvány a jogalany, akkor *nem ember* a jogalany. Ez azonban még nem elég közös vonás, hogy együtt volnának tárgyalhatók, külön kell beszélnünk a testületről, külön az alapítványról. Így elérhetjük azt is, hogy a megtévesztő „jogi személy” terminus elkerülhetővé válik.

Különbséget tettek a testület és alapítvány közt olyképen, hogy a testület személyek egyesülése, universitas personarum, az alapítvány pedig javaknak egyesülése, vagyonegyesülés, universitas bonorum vagy rerum. Ez a megkülönböztetés azonban az alkalmazásnál cserben hagy. Az állam, a község, a részvénytársaság testü-

let, bár lényeges kelléke a földterület, a vagyon, másrészt a püspökség alapítvány és még sem vagyontömegegyesülés. A felosztásnak helyesebb alapját adja Regelsberger, a ki szerint a testületnél az egésznek sorsa a személyek összességének kezébe van letéve, az alapítványnak működését pedig idegen akarat, t. i. az alapító vagy az állam szabályozza, nem pedig a bennállóknak akarata. Ezek a bennállók csak kezelők, intézők, kik az egész felett nem rendelkeznek. Röviden: *a testület önmagát kormányozza, az alapítvány pedig idegen akarat szerint kormányoztatik.* Persze ez a megkülönböztetés csak általánosságban talál. A testületek is csak bizonyos az állam által felállított korlátokon belül járhatnak el önállóan, másrészt meg gyakran az alapítvány kezelői igen tág hatáskört nyernek. Így vita tárgya testület-e, vagy alapítvány az egyetem, valamely egyház stb.

Ha a jogi személy terminussal végleg nem is szakíthatunk, úgy legalább vigyáznunk kell fenti értelmére. Jogi személy alatt valamely, az embertől vagy emberektől önálló jogalanyt kell értenünk. Ha így fogjuk fel e fogalmat, nem fogunk vele visszaélhetni, mint azt számosan teszik, nem fogjuk a telket jogi személynek tekinteni csak azért, hogy a telki szolgalmak hozzátartozását megmagyarázhassuk (mert nem a telek a jogalany, nem a teleké a szolgalom, hanem a telek tulajdonosáé), nem fogjuk jogi személynek minősíteni a házasságot, vagy a házaspárt csak azért, hogy a házassági vagyonjog intézményeit kimagyarázzuk (a házassági vagyon nem a felektől különálló valaminek a vagyona, hanem a felek vagyona) és nem fogjuk jogi személynek nézni a csődtömeget, vagy a kereskedelmi céget, illetve üzletet (nem a cég a jogalany, hanem az üzlet-tulajdonos).

A testület mindezek alapján nem közösség, mely több személy közt fennáll (societas, communio), hanem önálló jogalany, mely ép úgy állhat az emberrel szemben, mint egyik ember állhat szemben a másikkal. Élesen meg kell tehát különböztetnünk a testület fogalmát a közösség, a társaság (societas) fogalmától. Külsőleg a kettő hasonlít egymáshoz, mindkettőnél több személy egyesül valamely megengedett cél elérésére, mégis lényegesen eltérnek egymástól. A főkülönbség az, hogy a testület kifelé nyilvánuló egység. önálló jogalany (ú. n. jogi személy), a jogokat és kötelezettségeket maga a testület nyeri, si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent, maga a testület perelhető stb., ellenben a societas csak befelé irányuló szervezet, mely kifelé absolute nem nyilvánul, a jogokat és kötelezettségeket nem a societas, hanem közvetlenül az egyes tagok nyerik, nem a societas, hanem a tagok perelendőik közvetlenül. A societas csak a belső szervezetre vonatkozik és azt jelenti, hogy a mit az egyik tag nyer, azt köteles társaival megosztani, a mit veszít, azt társai közösen viselik vele, harmadikkal szemben azonban csak ő nyer és

ő veszt, a harmadik csak őt perli. A rendes eset persze az, hogy a testület tagjai egymás közt societast alkotnak, de ez, mint láttuk, csak a belszervezetre vonatkozik, kifelé, a külvilág előtt nem societas van, hanem testület. Baron a következőkben állítja össze a testület és societas közti különbségeket: 1. A societas célja nem lehet örökkévaló, és nem terjedhet a társtag életén túl. Mindez ellenkezőleg van a testületnél. 2. A societas nem tűri meg a tagok változását, a testület igen. 3. A sociusoknak a társaság vagyonában részük van, ők maguk lesznek adósokká és hitelezőkké a societas számára kötött ügyletekből. Ennek megfelelően a societastól kilépő tagnak a társasági vagyonból őt megillető részt ki kell adni. Nem így a testületnél. 4. A societastnak nincs szervezete, ügyleteket csak az összes sociusok egyhangú beleegyezése alapján, és csak a mindnyájuktól megbízott ügyvivő köthet. A testületnek pedig szervezete van, a mely az ügyvivők jogosultságáról, az ügyletkötésről intézkedik. Rendesen a többség akarata az összességet köti.

61. §. A testület keletkezése, változása és megszűnése.

A testület (*corpus, corporatio, universitas personarum*) keletkezéséhez egyrészt az alapul alkalmas emberegyesület léte, másrészt pedig az szükséges, hogy a jog ezt az emberegyesületet jogalanynak elismerje. Az első csoportba tartoznak a következő feltételek:

1. Mindenekelőtt kettőnél több ember szükséges: *tres facere collegium*.

2. Közös, állandó, önálló célja legyen az egyesülésnek.

3. Ne alapuljon az egyesülés kizárólag a jelenlegi tagokon, fő az, hogy tagjai legyenek, de már az mindegy, hogy kik azok.

4. Az egésznek akarata elnyomja az egyes akaratát.

5. Legyen a testületnek szervezete. Ezt a szervezetet vagy a törvény, vagy autonom intézkedés (*statutum*) állapítja meg. A hol az autonom intézkedés nem kimerítő, általános jogi szabályok érvényesülnek.

6. A jog gyakran formalis és materialis feltételekhez köti a testületet, megalapítását, normativumot állapít meg a *statutumok*, alapszabályok számára, kiköti a *statutum* állami megerősítését stb.

A második kérdés a jogképeség kérdése. Erről azonban később szólunk.

A változások, melyek a testület szervezetében beállanak, vagy a tagok számára vagy a dologi alapra, vagy a szervezetre, vagy a célra vonatkoznak. Ha a testület összes tagjai, akár kilépéssel, akár halál folytán kiválnak, akkor a testület természetesen megszűnik, szintűgy, ha csak 1 tag maradna. Bizonyos testületeknél a jog megállapítja, hogy a tagszámnak bizonyos minimum alá süllyedni nem szabad. Bizonyos időtartamra alapított testületek az időtartam

elmultával megszűnnek. A testület autonómiája magában foglalja a szervezet megváltoztatásának jogát is. Ennek azonban vagy a jog, vagy maga az alapszervezet, vagy végül maguknak a tagoknak a joga szab korlátot.

A testület megszűnését a tagok úgy érhetik el, hogy kilépnek belőle. A kilépő tag azonban elveszti a testület vagyonára való minden igényét. Ezért felmerül a kérdés, nem szüntethetik-e meg a tagok a testületet e hatás nélkül, nem oszlathatják-e el a testületet testületi határozattal. A nézetek e kérdésre nézve eltérők. A felelet az egyes jogrendszerek és a testületek célja szerint más és más. Megszüntetheti a testületet az állam, a mely ép úgy, a mint megadja neki a jogszemélyiséget, úgy meg is vonhatja tőle.

Vitás kérdés az is, hogy a feloszlátott, a megszűnt testület vagyonával mi történjen. Hosszú ideig az a nézet uralkodott, hogy a testület vagyonának nincs örököse, az mint bonum vacans a fiscusra száll. Ez azonban nem áll. Rendesen a pozitív jog és a gyakorlat határozza meg a testületi vagyon hováfordítását, gyakran azonban a testületi alapszabály maga intézkedik, sőt a testület természete is útmutatást ad (pl. a részvénytársaság megszűntével vagyona a részvényeseké).

62. §. A testület jog- és cselekvőképessége.

I. Jogképesség. A testület jogoknak és kötelezettségeknek lehet alanya, tehát van jogképessége. Jogképessége azonban sohasem lehet oly terjedelmű, mint az emberé. Nem lehet olyan jogviszonyok alanya, melyek az emberi természetre vannak alapítva. A tiszta személyi jogok közül a testületet a névre, a cégre stb. és a becsületre való jog illeti meg, bár ez utóbbit sokan kétségbe vonják. Gondoljunk azonban pl. a részvénytársaságokra, vajjon azokat mindenféle gyanúsításoknak, rossz hírköltéseknek oda lehet-e dobni áldozatul. A családjogok elvileg meg nem illethetik a testületeket (vajjon a gondnokság sem?). A testületek jogképességének súlypontja a vagyoni jogokra esik (természetesen a családjogi vagyoni jogok kivételével). A római jog kifejezetten képesíti őket a tulajdonra, a haszonélvezetre (legfeljebb 100 évig tarthat), a telki szolgalmakra, zálogjogra, activ és passiv kötelmi jogokra stb. Csak az öröklési képesség terén találunk a római jogban akadályokat. Eleinte csak az államnak volt activ öröklési képessége, a melyet aztán később a városokra és egyéb testületekre is kiterjesztettek. Egyes testületek ma kiváltságosan előnyösített helyzetben vannak. mások jogképessége meg van szorítva, pl. a holt kéz nem szerzhet stb. Külföldi testületek (pl. részvénytársaságok) jogképessége ma a hazaiakhoz képest meg van szorítva.

A testület jogképességének keletkezése. E tekintetben két elmélet küzd egymással: a concessionalis és az általános jogképesség theo-

riája. A concessionalis theoria szerint (ide tartoznak a glossatorok, a kanonisták, Mühlenbruch, Savigny, Puchta, Wangerow, Keller stb.) az emberi egyesülésnek az állam külön adományozza a jogképességet, a jogképességnek e külön adományozása nélkül a testület nem jogképes. A másik theoria szerint minden testület, mely a 61. §-ban körülírt módon alakult, már ipso facto jogképes. Ennek hívei az újabb romanisták, Arndts, Baron, Brinz, Widscheid, Dernburg, Unger stb. Nem tévesztendő össze az állami concessio az államnak közreműködésével a testület megalakulása körül. A testületnek létrejövetelekor, mint láttuk (61. §.), az állam háromféleképpen működhetik közre: megengedőleg, elismerőleg vagy bejegyzés által. Az engedély arra vonatkozik, hogy az egyesülés létrejötte a közjó érdekeivel nem ellenkezik, az elismerés azon kijelentésben áll, hogy az egyesülés a törvényes követelményeknek megfelel, a bejegyzés valamely nyilvános könyvbe pedig a testület nyilvántartását célozza. E három közül egyik-másik szükséges lehet a testület megállapítása körül, de élesen megkülönböztetendő a concessiótól, a jogképesség megadásától. Mert az ilyen állami közreműködéssel létrejött testületnél is kérdéses, vajjon így módon történt létesülésük már ipso facto megadja-e nekik a jogképességet, vagy még külön állami concessióra szorulnak-e? A római jog szerint kétségtelen, hogy a corpus coire vagy habere-bez állami concessióra, permissióra van szükség, és hogy a corpora illicita a személyiséget nélkülözik. Ezt a concessiót bizonyos testületfajok általános törvény alapján nyerték, mások külön engedélyre szorultak. Hogy ez a concessio csak államrendőri engedély volt a testület létesítésére vagy a jogképességnek adományozása, nehezen állapítható meg, mert a császárban úgy a végrehajtó, mint a törvényhozó hatalom egyesült. Ma az ipso facto jogképesség elmélete az uralkodó, a minnek különben a practicus élet is megfelel.

Megszűnik a testület jogképessége a testület megszüntével, a concessionalis theoria szerint, a concessio megvonásával.

II. A testület cselekvési képessége. Savignytól kezdve a jogászok nagy tömege megtagadja a testülettől a cselekvő képességet. Ez azonban annak következménye, hogy a testület személyiségében, jogalanyiségában csak fictiót láttak. Nem az állam, a község, az egyesület akar és cselekszik, úgy mondják, hanem az államfő, a hivatalnok, az előjáró. Ezek azonban elfelejtik, hogy a testület akarata nem az egyes tagok akarata, hanem ezen kívül fekvő, önálló akarat, a részvénytársulat igazgatója által kötött ügylet nem az igazgató, hanem a társulat (testület) ügylete. (Ez különben összefügg a testület organumainak jogi helyzetével, miről alább lesz szó.) Azzal is megokolják a testület cselekvőképtelenségét, hogy annak megadása magával hozza, hogy a társulatot vétségképesnek is kell tekintenünk, már pedig universitas non delinquit. Hogy azonban ez a tétel nem egészen áll, a következő okoskodás is mutatja. Ha vala-

mely munkaadó alkalmazottja hivatása körében delictumot visz véghez, kárt okoz, voltakép ez nem az ő delictuma, hanem a gazdáé, ez tartozik kártérítéssel, nem az alkalmazott. Vajjon nem így van-e a testületeknél is (pl. állami vagy részvénytársasági vasutaknál stb.)? Elvileg tehát nem vonhatjuk meg a testülettől a cselekvési képességet.

A római jog a testületeket organumaik delictumáért való felelősség alól felmentette, úgyszintén a kártérítés kötelezettsége alól is, kivéve a mennyiben a testület abból gazdagodott. Már a glossatorok és commentatorok (Bartolus) azt tanították, hogy a corporatio is elkövethet delictumot. A fejlődés menete ma abban az irányban halad, hogy a társaságot organumai delictumáért felelőssé tegyék. Ennek a fejlődésnek legfőbb akadálya az a felfogás volt, mely a testület organumait képviselőknek nézte. És különben is meg kell különböztetnünk a testület organumait annak egyéb alkalmazottaitól, segédeitől. Ez utóbbiakért a testület csak úgy szavatol, mint más ú. n. természetes személy, kinek alkalmazottai vannak. És végül a testületnek cselekvényéről, így delictumáról is, csak akkor lehet szó, ha organumai a testületért hivatásuk körében jártak el. Regelsberger kinek tanát az eddigiekben is előadtuk, a következő practicus elveket állítja fel:

1. *Felelősség szerződéses viszonyokban.* Oly vétség, melyet a testületi szervek a testületért competentíájuk körében kötött szerződés megkötése közben, vagy a szerződésből származó jogok gyakorlása, illetve a belőle eredő kötelezettségek teljesítése közben követtek el, a testület vétsége. Épügy a cselekvő, illetőleg a cselekvésre jogosult szervnek tudása vagy nem tudása, tévedése stb. szerződéses viszonyokban a testület tudása vagy nem tudása, tévedése stb. úgy az előnyök, mint a hátrányok tekintetében.

2. *Felelősség szerződésen kívüli viszonyokból:*

a) Az emberhez hasonlóan a testület is felel idegen vétségekért a törvény megszabta esetekben.

b) Saját delictumául tudatik be a testületnek valamely testületi szervnek jogellenes vétkes magatartása, ha a testületnek a törvény vagy statutum (alapszabály) megszabta hivatásán és a maga hatáskörén belül tanúsította. Ez esetekben a testület nemcsak gazdagodása erejéig felel.

A testület felelőssége nem zárja ki a cselekvő személynek felelősségét. Csakhogy lehetséges, hogy a cselekvő személy részén a vétkekesség teljesen hiányozhatik, mert csak teendőinek teljesítése-kép követte el.

A testület organumai. A testület cselekvőképességének kérdésével, mint láttuk, szorosan összefügg az a kérdés is, hogy szervei, organumainak mi a jogi helyzete. Az uralkodó felelet erre a kérdésre az: ők a testület képviselői. Ez a jogi személynek fictio-theoriájának megfelel, de tarthatatlan. Ha képviselő cselekszik

két jogalany szerepel, a képviselő és a képviselt, és a mennyiben ez utóbbi cselekvőképes, két akarat és két tudás működik. Röviden, a képviselő a képviseltnek személyiségén kívül áll. Ezzel szemben a testületi szerv (közgyűlés stb.) által maga a testület cselekszik. A képviselet esetén a képviselté csak a beálló hatás, a testületnél az akarat is az övé, melyet szerve által nyilvánít. A köznyelv is mutatja az eltérést. Úgy beszél, hogy a kiskorú vagy az elmebeteg képviselője útján vett házat, ellenben azt mondja, hogy a város vett fel kölcsönt, a részvénytársaság vett telket. Másrészt azonban igaz, hogy a testületi szervek nem akarat nélküli eszközök, mint pl. az ember szája, keze, ők alakítói a testület akaratának. Másrészt meg nem merül ki ténykedésük a testület akaratának alakításában, nekik a mellett külön saját akaratuk van. Nem minden, a mit tesznek, a testület cselekménye. E tekintetben megint közelednek a képviselőhöz. A helyes eredmény tehát az, hogy a testületi szervek sem képviselők, sem öntudatlan eszközei a saját akaratú testületnek, hanem a kettő között, sui generis jogi helyzetük van. Hogy különben a szerv cselekménye a testület cselekményének tekintessék, a következő feltételek fenforgása szükséges: a cselekvő személy illetve személyek érvényes hivatottsága e cselekményre, és a cselekménynek akár a törvény, akár a statutumnak (pl. alapszabálynak) megfelelő véghezvitele. Czélszerűségi okokból gyakran a szerv cselekvényéhez hatósági jóváhagyás szükséges, hogy a testület cselekményének lehessen tekinthető.

A testület belső jogviszonyai. Míg az egyes embernél a jogi szabályozás alá csak a külvilághoz való viszonya esik, addig a testületnél a belső élet is a jog területére tartozik. Ez a belső élet annyira különböző, hogy arra egységes szempontok alig állíthatók fel. A nyilvános testületek (állam, község stb.) belső élete különben is a közjog területéhez tartozik. Általánosságban csak a következő tételek állíthatók fel. A testülethez való tartozás jogokkal és kötelezettségekkel jár. Így maga a tagság is oly jogi helyzet, mely önkényűleg meg nem vonható. A jogok különben is vagy közérdekűek (szavazás, megjelenés a gyűléseken, választás, ajánlás stb.) vagy magánérdekűek (részvétel a testület jövedelmében), ideális célú testületeknél ezek a jogok gyakran nem is vagyoni színezetűek, pl. a klubtagsággal járó jog a klubhelyiség használatára. E jogokkal szemben állnak a kötelezettségek (kötelező megjelenés, szavazás, vagyoni hozzájárulás stb.).

A testületi belső jogoktól és kötelezettségektől megkülönböztetendők azok az esetleges jogok és kötelezettségek, melyek a tagokat, nem mint tagokat illetik, a melyeknél úgy állanak a testülettel szemben, mint bármely harmadik pl. kölcsönnél. Ezeknél a tagság közömbös.

III. FEJEZET. AZ ALAPÍTVÁNY.

63. §. Az alapítvány fogalma, fajai.

Az alapítvány, mint fõntebb láttuk oly jogalany, melynél a védett kör középpontján nem ember áll, és a mely nem a saját, hanem kívülfekvõ idegen akarat által kormányoztatik. Alapítvány kétféle módon alapítható. Az alapító az alapítványi vagyont más jogalanynak (embernek, testületnek, alapítványnak) adhatja azzal a kikötéssel, hogy ez gondoskodjék az alapítványi cél megvalósításáról, vagy önálló jogalanyná emelheti az alapítványt, úgy hogy a célvagyon magáé az alapítványé. Az elõbbi *önállótlan*, az utóbbi *önálló alapítvány*.

Az önállótlan alapítvány megint kétféle lehet. A célvagyon átadható olykép, hogy az az átvevõ (a fiduciarius) szabadon rendelkezessék felette, vagyis tulajdonává legyen, mivel szemben õ magát a cél megvalósítására kötelezi ltt a kötelezés tartama a rászánt vagyon sorsától független, mert az alapítványi (a cél) vagyon teljesen beolvad a fiduciarius vagyonába, annak sorsát osztja. Másképen áll a dolog, ha az alapító intézkedése az, hogy az alapítványi vagyon külön vagyon maradjon, a cél megvalósítására szükséges anyagi eszközök magából a célvagyonból merítenek, vagyis az alapítványi vagyon valóságos *célvagyon*. Ez esetben a fiduciarius kötelessége ezt külön kezelni, a fiduciarius hitelezõi ehhez a különvagyonhoz hozzá nem nyúlhatnak. Másrészt azonban a fiduciarius sem köteles a cél megvalósítására többet fordítani, mint a mennyi az alapítványból kikelik. Az alapítványnak ez esetben bizonyos külön léte van a fiduciarius kezében, de azért nem jogalany, mert az alapítványt terhelõ jogok és kötelezettségek a fiduciarius jogai és kötelezettségei és ezért e különvagyon és a fiduciarius egyéb vagyona közt semmiféle jogviszony nem lehetséges.

Míg az önállótlan alapítvány nem valóságos alapítvány, mert hiszen nem jogalany vagy mint mondani szokás jogi személy, addig az önálló alapítvány valóságos jogalany, jogai és kötelezettségei az õ jogai és kötelezettségei, kezelõjének magánvagyon, mint bármely más harmadik személy vagyona áll szemben.

Az alapítvány keletkezése. Minden alapítvány akaratnyilvánításra, alapításra vezethetõ vissza, mihez persze gazdasági, vagyoni alapnak is hozzá kell járulnia. Az akaratnyilvánításnak (*alapítási jogügyletnek*) tartalma oly szervezetnek létrehozatala, melynek feladata bizonyos célnak állandó megvalósítása. A gazdasági alap, melynek ez alapítási jogügylethez járulnia kell, különféle lehet. Ha helyiség vagy más a célra szolgáló berendezés, illetve a beszerzésre szolgáló pénzösszeg adományozásában áll, akkor az alapítvány neve *intézet* (pl. kórház, könyvtár stb.). Az alapító ügylet tartalmához a következõ essentialék tartoznak.

1. A célnak, még pedig a megvalósításra eléggé alkalmas meghatározása. A célnak úgy jogilag, mint erkölcsileg megendettnek kell lennie és alkalmasnak arra, hogy valamely érthető érdek kielégítésére szolgáljon, az egyéneknek meg nem határozott számára és időre terjedjen ki.

2. A cél számára szánt vagyonnak, ha ilyenre szükség van, meghatározása.

3. Az akaratnyilvánítás, hogy az alapítvány (intézet) jogilag önálló alany legyen.

4. Az igazgatás megállapítása. Ezt gyakran általános vagy különös állami intézkedés pótolja.

Az alapítványnál ép úgy, mint a testületnél felmerül a kérdés, vajjon a ~~privátszemély alapítási ügylete elegendő-e ahhoz, hogy az alapítvány, mint külön jogalany, létrejöjjön.~~ Itt is ép úgy, mint a testületnél zavarólag hat az, hogy az állam bizonyos feltételekhez köti az alapítást. Ettől azonban megkülönböztetendő az a kérdés, vajjon az állam külön concessiója szükséges ahhoz, hogy a meg-alapított alapítvány jogalanyná legyen. Erre a kérdésre a válasz ugyanaz, mint a testületnél. Az egyszer jogszerűen létrejött alapítvány már ipso facto jogalany. A jogalanyiságot tehát az alapítótól nyeri. Ha tehát az alapítvány vagyoni tartalmú, szükséges, hogy az alapítónak meglegyen az ingyenes elidegenítési joga. Az alapítási ügylet vagy halál esetére szóló intézkedés, vagy élők közti ügylet. A halál esetére szóló alapítás lehetősége ellen fel szokták hozni, hogy az örökösnevezéshez, hagyományhoz passiv végrendelkezési képességű személy kívántatik, már pedig az alapítványnál a végintézkedéssel megadományozandó személyt előbb meg kell teremteni. A római jog azonban magát e nehézségen túltette. Megengedi ugyanis pl., hogy az örökhagyó rabszolgáját nevezze ki örökösévé a szabadság adományozásával egyetemben. Az alapítványnak végintézkedéssel való megalapítása természetesen az örökösnevezés, illetve hagyományozás szabályai alá esik, a szerint, a mint az egész vagyon, vagy csak egy része van az alapítvány céljára kijelölve. Az élők közti alapítás egyoldalú jogügylet, mely egyrészt a pollicitatióra, másrészt a servi manumissióra emlékeztet. Maga ez az alapítás vagy ajándékozás lehet, vagy valamely kötelezettségnek (pl. donatio sub modo következtében történő) teljesítése. Előbbi esetben maga az alapítvány a megajándékozott, de ez az ajándék nem donatio sub modo, mert nem tekinthető modusnak, ha valakinek vagyont juttatunk, hogy ebből megéljen. Az alapító a maga intézkedését visszavonhatja, míg az alapítvány életbeléptetése meg nem történt.

A római jogban a keresztény császárság idejében az egyházon kívül más vallásos és jótékony intézetek (piae causae) alapítása is meg van engedve. Ezek az intézetek is az egyházi hatóság gondnoksága alatt állottak, de jogalanyiságuk az egyháztól külön volt

választva. Más célra történő alapításról a források nem tudnak. Ma persze sok más egyéb célra is szolgálhatnak az alapítványok, melyeknek vagyoni alapja gyakran csak követelés az alapító vagy annak örökösei ellen, ha t. i. az alapító csak megállapította, de át nem adta az alapítvány fentartására szolgáló összeget.

64. §. Az alapítvány jog- és cselekvőképessége. Változása és megszűnése.

Az alapítvány jog- és cselekvő képességéről ugyanaz áll, mint a testületéről. Az alapítvány jogképessége gyakran (pl. a holt kézé) a testületénél jobban van megszorítva. Organumai, szervei is a testületével egyenlő elbánásban részesülnek. Megjegyzendő azonban, hogy az alapítvány organumainak sokkal kisebb a hatásköre, mint a testületéi. Az alapítvány igazgatása célszerűségi okokból állami felügyelet alatt áll. A későbbi császári jogban a hűtlen alapítványkezelők ellen popularis actio volt indítható.

Azok a személyek, a kik számára az alapítvány alapított, az ú. n. destinatariusok nem tulajdonosai az alapítvány vagyonának, még az igazgatásban való részvételre sincs joguk. Sőt az élvezés elérésére is csak akkor van perelhető joguk, igényük, ha az alapítvány az összes bizonyos állapotú emberek számára van rendelve, és ha ők e bizonyos állapotot ki tudják mutatni.

Az alapítvány fogalma szerint változatlanul van szánva, de semmi sem lévén állandó, az alapítványnak is meg kell változnia, mert a mi száz évvel ezelőtt áldásos volt, az ma esetleg ártalmas lehet. Ezért már az alapításnál is lehet gondoskodni az alapítvány céljának stb. változásáról, sőt lényegtelenebb változásokat, pl. az élvezés feltételeinek szigorítását stb. az alapítvány kezelői is tehetnek a felügyelő hatóság engedélyével, és esetleges érdekeltek, pl. az alapító utódainak, beleegyezésével. Ez volt a római jogtudomány álláspontja is.

Ugyiszintén az alapítvány megszüntéről is előre intézkedhetik az alapító. De vannak e mellett általános megszüntető tények is. Ilyenek, ha az alapítvány célját már elérte, vagy a vagyoni tartalmú alapítványoknál, ha vagyonát teljesen elvesztette és végül az állam hármikor megszüntetheti az alapítványt. Hogy a megszünt alapítvány vagyonával mi történjen, arról gyakran már maga az alapító intézkedik, ha ily intézkedés fenn nem forog, akkor a vagyon lehetőleg az alapítványéhoz hasonló célra fordítandó és csak a családi alapítvány válik a hozzá hasonló fideicommissum mintájára a megszűnés idejében élő családtag szabad tulajdonává.

B) VAGYONJOG.

65. §. A vagyonjog fogalma és fajai.

A vagyonjog fogalmának megállapításánál az első kérdés, melyet tisztázni kell, az, hogy mi a vagyon. A vagyon jogi értelemben nem azonos a vagyon gazdasági fogalmával. *Vagyon az egy közös célra szolgáló pénzbelileg megbecsülhető összes jogviszonyoknak (jogosultságok és kötelezettségek) foglalatja.* Pusztán szerzési lehetőségek (pl. jogképesség, cselekvési képesség) nem tartoznak a vagyonhoz, valamint az oly tényleges helyzetek, viszonyok sem, a melyekhez gazdasági érdek fűződik ugyan, de a melyek nem önálló vagyonalkatrészek, hanem csak járulékaik egyes vagyonalkatrészeknek pl. valamely üzlet vevőközönsége stb. Ellenben a vagyon alá tartoznak az immaterialis jogok, a birtokjog, mert pénzbelileg megbecsülhetők, tárgyai lehetnek bírói értékesítésnek, condemnationnak. A pénzbelileg kifejezhető jogviszonyok vagyonná az által lesznek, hogy valamely közös célra szolgálnak. Ez a cél lehet olyképp általános, hogy magában foglalja valamely embernek összes céljait, a melyeket maga ez az ember határoz meg, de lehet specialis is, mint a testület, az alapítvány célja. Az előbbi esetben maga az illető ember a vagyon alanya, ő a benne foglalt jogok és kötelezettségek alanya, utóbbi esetben pedig, hogy ki a vagyonalany, ez a jogi személy sokat vitatott kérdése, melyről már szó volt. A vagyon elemei a jogviszonyok, a jogok és kötelezettségek, nem maguk az élvezeti obiectumok, a gazdasági javak. Így pl. az ember jogtárgy lehet (a személyjogban, a családjogban), de nem vagyonalkatrész. A vagyon nem a jogtárgyak, hanem a jogviszonyok összessége. (Ezzel szemben Vécsey úgy definiál, hogy a vagyon a személy bizonyos időbeli gazdasági javainak foglalatja az adósságok levonásával.) A vagyonnak mint közös célra szolgáló pénzbelileg érzékelhető jogviszonyok összességéeként való felfogása teszi értetővé, hogy a jogrend az egyes általános vagyonok, tehát általános célra szolgáló jogviszonyoknak körében (pl. az ember vagyonának körében) külön állást biztosít valamely specialis célra szolgáló jogviszonyok összességének, speczialis vagyonnak, a mely bár hozzátartozik az általános vagyonhoz, de mégis külön jogi elbánás-

ban részesül. Ez az ú. n. külön vagyon (universitas iuris). Megkülönböztetendő ettől az ú. n. universitas facti seu hominis, a mely nem az egy célra szolgáló jogviszonyoknak, hanem közös gazdasági célú dolgoknak az összessége pl. a juhok összessége a nyáj, a könyvek összessége a könyvtár stb.

Ennek az universitas factinak más neve: universitas rerum distantium, a mivel megint ellentétbe helyeztetik az universitas rerum cohaerentiummal, más néven a res compositával, az összetett dologgal, a mely szintén több dologból áll, de úgy, hogy a több dologból egy lett pl. a hajó, melyben vas, fa stb. részek vannak.

A külön vagyont az általános vagyon körében egységesítő mozzanat, mint láttuk a specialis cél, a melyre az e külön vagyont alkotó jogviszonyok szolgálnak. De külön vagyonná csak a jog rendelkezésénél fogva lesznek, a mennyiben a jog külön elbánásban részesíti. Ez a külön elbánás a külön vagyon, illetve tárgyainak (a dolgoknak), közös kiadási kötelezettségében és a tartozásokért (kötelezettségekért) való felelősségében áll. Ez utóbbit úgy kell érteni, hogy bizonyos hitelezők, még pedig vagy kizárólag csak ők, vagy csak az általános vagyon többi hitelezőit megelőzőleg e külön vagyon tömegéből, tárgyaiból nyernek kielégítést. Ilyen külön vagyonok az önállóan alapítvány a fiduciarius kezében, a hagyaték az örökös kezében, mielőtt az vagyonával teljesen összeolvadt, a különböző peculiumok (a pater familias vagyonából a filius familias vagy rabszolga számára kihasított rész), a hitbizományi vagyon, a csődtömeg stb. A külön vagyon nemcsak összessége a vagyontárgyaknak, hanem egységes egész. Tárgyai tehát változhatnak, gyarapodhatnak vagy csökkenhetnek. Másrészt azonban nem áll az a szabály, a mit a külön vagyon fogalmából le szoktak vezetni, hogy t. i. res succedit in locum pretii, pretium in locum rei. Ez annyit jelentene, hogy a külön vagyon egy részével szerzett dolog (dologért kapott pénz, illetve pénzért kapott dolog) ipso facto a külön vagyonhoz tartozik. Ez még az örökségről sem áll fogalmilag, csupán a SC. Iuventianum egyenes rendelkezésénél fogva. Nem áll azonban sehogysem sem a dosra, sem a peculiumra.

Vagyon alatt a kifejtett fogalmon kívül még sok mást is értenek. Értik a pénzbelileg kifejezhető jogok összességét, ez az activ vagyon, a brutto vagyon. Ezzel szemben netto vagyon a tartozások levonásával fenmaradó vagyon, tehát a jogokból levonva a kötelezettségeket. Birkmayer „Das Vermögen im iuristischen Sinne” című művében kimutatni igyekszik, hogy a tartozásokat sohasem számították a vagyonhoz (Bona intelleguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt), ez a bizonyítás azonban nem sikerült.

A vagyon alkatrészei a jogviszonyok, jogok és kötelezettségek. A köznyelv azonban a vagyon alkatrészeiül e jogok tárgyait, a dolgokat is tekinti és a szempontból a vagyon alkatrészeiül kettőt

emlit: 1. a jogok és kötelezettségek; 2. a dolgok. Ez mint az eddigiekben láttuk, helytelen. Nekem nincs külön házam és külön tulajdonjogom a házra, a kettő nem kettő, hanem egy. Ha vagyonról gazdasági értelemben beszélek, akkor vagyonomban a ház van, jogi értelemben azonban vagyonom alkatrésze a ház feletti tulajdonjog. Bár tehát e felfogás helytelen, a római jognak mégis ez az álláspontja. A római jogban a vagyon (res a legtágabb értelemben) alkatrészei: 1. jogviszonyok, azaz jogok és kötelezettségek, ú. n. *res incorporalis*; 2. maguk a testi dolgok, a természetnek hatalmunk alá hajtható körülhatárolt részei, *res corporalis*. A res corporalis és incorporalis féle felosztás tehát nem a dolgok felosztása, mert hiszen a res incorporalis nem is dolog, hanem felosztása (még pedig helytelen) a vagyonalkatrészeknek. A res incorporalis jog vagy kötelezettség, melynek tárgyai (élvezeti obiectuma) res corporalis, a dolog. A res incorporalis tehát nem jogtárgy (Vécsey 170. o.), hanem maga a jog vagy a kötelezettség. A források (Inst. II. k. 1. cz.) különben, mikor res corporalisról beszélnek, egyszersmind a tulajdonjogról is szólnak, ez azonban nem azt jelenti, hogy a tulajdonjog res corporalis volna ellentétben a többi jogokkal, melyek res incorporales czímen tárgyaltnak, hanem csak azért szólnak ott róla a források, mert a tulajdonjog a legfontosabb jog (tehát res incorporalis), melynek tárgya res corporalis.

A jog nem dolog, a jog voltaképen nem létezik. Ha azt mondom, hogy nekem tulajdonjogom van a lovamon, akkor in rerum natura vagyok én, van ló és egyéb semmi. A jog (a mi esetünkben a tulajdonjog) abstractio, való létel nincs. (Ez nem tévesztendő össze azzal, hogy van egy jogszabály is, mely nekem a tulajdont adja, biztosítja.) Ezt a jog helyes megértése céljából mindig szem előtt kell tartanunk és akkor nem fogunk azoknak hibájába esni, kik a jognak önálló lételt adván, a jogot mint önálló dolgot fogják fel, oda jutnak el, hogy beszélnek jogról jogon. A köznyelv tényleg beszél úgy, hogy azt mondja, tulajdonomban van ez a követelés, átruházta a használat tulajdonát, ez azonban jogilag non sens. Ilyen átvitele a dolog fogalmának a jogra az is, hogy a jogokat a dolgok mintájára ingó és ingatlan jogokra osztják fel (germánjogi felfogás), holott nem a jog az ingó vagy ingatlan, hanem maga a dolog, mely annak a jognak a tárgya. (Ezzel szemben sokan tekintet nélkül a tárgyra, ingó jognak tekintik a zálogjogot, a követelési jogokat stb.)

A vagyonjog felosztása. A vagyonjog alá tehát azon jogok (és kötelezettségek) tartoznak, melyek a vagyon alkatrészei. A vagyonjogba tartoznának e szempontból a vagyoni érdekű személyi jogok és a családjogi vagyonjog is. De míg az előbbieken a személyiség érdeke lévén a túlnyomó, ezért nem soroltatnak ide, addig ez utóbbiakat azért nem tárgyaljuk itt, mert egyrészt célszerűbb a családjog egész complexumát együtt nézni, és másrészt bennük

mégis magasabb erkölcsi momentum nyilvánul, holott a szoros vagyonsjog mozgató eleme az önérdék, az egoizmus. Ha családsjogi vagyonsjogot a vagyonsjog körébe vennők, akkor másik részét, t. i. a személyi családsjogot megint a személyi jogsba kellene olvasztani. Így teszi Justinianus, ki Gaius nyomán az egész jogsanyagot felosztja, ius quod pertinet ad personas (személyi jog + személyi családsjog), ius quod pertinet ad res (vagyonsjog + családí vagyonsjog; a vagyonsjog felosztása nála dologi jog, a mibe az öröksjogot is veszi, és kötelmi jog), ius quod pertinet ad actiones (perjog). A vagyonsjog körében tehát a pusztán vagyoni, magángazdasági érdeksjogok maradnak. Ezek megint kétfélék: vagy absolutak, vagy relativek. Az absolut vagyonsjog: *a dologi jog*, a relativ vagyonsjog *a kötelmi jog*. A kettő közötti különbség pusztán annyi, hogy a dologi jogsok esetén kötelezett alany minckenki, kivéve a jogsultat, a kötelmi jogsoknál pedig csak egy vagy több bizonyos személy. Minden más különbség, melyet a dologi és kötelmi jog között felállítanak, nem helyes.

Igen nehéz kérdés, hogy mi e jogsok tárgya? Ha a jog tárgya alatt az élvezeti obiectumot értjük, akkor a dologi jog tárgya a dolog (tehát valóban *dologi jog*). De vajjon akkor mi a kötelems tárgya? A kötelmek egy nagy részének célba vett élvezeti obiectuma szintén a dolog (darékre menő obligatiók), másik részénél pedig élvezeti obiectumot találni nem lehet. A kötelmi jog terén ki fogjuk fejteni, hogy tárgya voltaképen az a magatartás, melyet a kötelezett alannak tanusítania kell. De ha ez áll, akkor a dologi jog tárgya is csak az a magatartás lehet, melyre a jogsultán kívül mindenki kötelezve van, az t. i., hogy a jogsultat a dolog teljes vagy bizonyos irányban történő élvezésében ne zavarja. A dolog tehát nem tárgya a dologi jogsoknak, ép oly kevésbé, mint nem az a darere menő obligatiók. A dolog nem tárgya a jogsoknak, hanem a jogsok célja a dolog élvezése. Ez pedig nemcsak a dologi jogsok célja, hanem sok más jogsnál is megvan. A dologi jog kriteriuma tehát nem az, hogy *dologi jog*, hogy dologra vonatkozó jog, hanem csak az, hogy absolut vagyonsjog, míg a kötelmi jog relativ természetű. A dologiság, a dologra vonatkozás nem különbözteti meg a többi vagyonsjogsoktól, megvan ugyan benne, de megvan más vagyonsjogsoknál is. A *dolgok* fogalmát és felosztását ennek alapján nem helyes a dologi jog általános részébe tenni, hanem talán a vagyonsjog általános részébe volna helyezhető. Minthogy azonban a családsjog és személyi jogsban is visz szerepet a dolog fogalma, leg-helyesebb az egész magánjog általános részébe helyezni. Mi is ott tárgyaltuk az institutio tankönyvekkel egybehangzóán, de nem merítettük ki a teljes felosztást. Ezt azokon a helyeken fogjuk tenni, a melyeknél az illető felosztásnak legnagyobb a fontossága. Így a gyümölcsökről a tulajdonkeletkezésnek fructuum separatio, illetve perceptio fejezetében fogunk szólni stb.

A vagyonjog két fejezetéhez mintegy függelékül csatoljuk az örökjogot az 55. oldalon kifejtetteknél fogva.

Igen nehéz kérdés még a *birtok* elhelyezése is. Birtok általában gyakorlása annak, a mit voltaképen a jogosult cselekedhetik csak. A birtok tehát tény. Így fogva fel a birtokot, az általános részben a tényállások közt kellene tárgyalni. Hisz ott tárgyaljuk az időt is, melyhez a birtok abban hasonlít, hogy mindkettő állapot-tény, tartós tény. A birtokhoz sok mindenféle jogi következmény fűződik, épúgy mint bármely más tényhez. E jogi következmények közül igen fontos az, hogy a birtok maga védetik, az állam a birtokló érdekében védelmi jogszabályokat bocsát ki, a melyek szintén sui generis subiectiv jogot constituálnak. Ezt a birtokvédelmet a tudomány szintén a birtok szóval jelöli meg. Ennek a jognak az elhelyezése épen a kérdéses. Vagyoni érdekű, tehát nyilván a vagyonjogba való. Csakhogy ez a birtokjog különféle a szerint, hogy miféle jogosultság tényleges gyakorlatát védi. Így a tulajdon mellett van birtok (annak gyakorlása, mire a tulajdonos van jogosítva), az ezt védő birtokjog kisebb, de hasonló védelmet ad, mint a tulajdoni védelem (Zsögöd szerint tulajdon = ius plenum, birtok = ius minus plenum), tehát a dologi jogban tárgyalandó. De ép úgy képzelhető, hogy valamely nem dologi jog gyakoroltatik jog nélkül, azaz birtokoltatik, és ez esetben a birtokjog nem való a dologi jogba. Ebből a szempontból számosan (pl. Baron, Vécsey) a vagyonjog általános részébe teszik, t. i. a dologi és kötelmi jog elé. Mások megint a dologi jogba helyezik, mint külön dologi jogot (Kajuch, mi is). Jhering úgy kívánja elhelyeztetni, hogy minden jog után kell a neki megfelelő birtokot, illetve annak védelmét, a birtokjogot tárgyalni. Ez volna a legkövetkezetesebb, de keresztül vihetetlen, mert akkor valahol ezt megelőzőleg még a birtokról általában is kellene beszélnünk. Savigny a birtokot a kötelmi jog delictum fejezetébe helyezte birtokelméletének megfelelően (erről később). Bárhová helyezzük is a birtokot, az *materia fugitiva* marad, a milyen számos van a jogrendszerben. Ilyen pl. az ajándékozás tana, melyet Justinianus a dologi jogban tárgyal, mások (mi is az *institutio* kézikönyveknek megfelelően) a kötelmi jogban, végül vannak olyanok, kik az általános részben, mint fontos ügyleti causát, fejtegetik. Mindegyik elhelyezésnek van bizonyos tekintetben jogosultsága, de más tekintetben megint helytelen.

Eredményünk tehát az, hogy a vagyonjog két részre oszlik: dologi és kötelmi jogra, a melyekhez mint függelék az örökjog csatlakozik.

Dologi jogok.

66. §. Általános megjegyzések.

A dologi jogok tárgyalásánál általános részre egyrészt nincs szükség, másrészt ily általános rész nem is lehetséges.

Nincs szükség rá, mert csak bizonyos tartalmú dologi jogok lehetségesek. Taxative felsorolhatók azok a szolgáltatások, melyek a dologi jogok tárgyául szolgálhatnak. Nem így a kötelmi jogoknál. A kötelmi jogok tárgyai megszámlálhatatlanok, úgy hogy minden egyes kötelmi jogról külön nem is beszélhetünk, hanem csak egy pár fontosabbról. A kötelmi jogoknál szükség van tehát általános részre, a melyben azokat a szabályokat tárgyaljuk, melyek bármely tartalmú kötelmi jogra vonatkoznak és csak néhány kötelmi joggal foglalkozunk külön részletesen a kötelmi jog különös részében. A dologi jogoknál nincs erre szükség, mert a dologi jogok száma kevés, taxative felsorolhatók és tárgyalhatók.

De másodszor nem is lehet a dologi jogoknál általános rész. Nem lehet pedig azért, mert nincsenek olyan általános szabályok, melyek minden dologi jogra állanak, közösek. Csupán három az, a mi minden dologi jognál közös. Először közös az, hogy a dologi jogok mind abszolút jogok, kötelezettségi alanyuk mindenki, kivéve a jogosultat. Másodszor közös, hogy tárgyuk, értve ez alatt az élvezeti objectumot, mindig dolog. Harmadszor minden dologi jognál az, hogy negatív természetűek, vagyis a nekik megfelelő állami norma: tilalom, negatív magatartás parancsa.

Régebben még egy közös vonását vették megtalálni a dologi jogoknak, azt állítván, hogy minden dologi jog megszerzéséhez kettő szükséges: *titulus* és *modus acquirendi*. A mult században (úgy az osztr. polg. tk. is) azt hitték, hogy a dologi jog megszerzéséhez először valami követelésre van szükség (*titulus acquirendi*), követelés, melynek alapján a dolog nekünk jár és azután kell, hogy a dolgot bizonyos módon kapjuk, pl. *traditio* útján (*modus acquirendi*). Csak hogy ez hibás, mert vannak esetek, a mikor ez nem áll. Pl. az *occupatio*. Ez is tulajdonszerzési mód, *modus acquirendi*, de hol van itt a *titulus*? A *fructuum perceptio*nál is van *modus*, t. i. maga a *perceptio*, de szintén kérdezhetjük, hogy hol a *titulus*. Ezt azután úgy magyarázták ki, hogy ezeknél a *titulus* a törvény. Az, hogy vannak oly esetek a dologi jogoknál, melyeknél ez a *titulus* és *modus* megkülönböztetés nem áll, ez ennek a meghatározásnak egyik hibája. A másik hiba meg az, hogy nemcsak a dologi, hanem a kötelmi jog terén is megkülönböztethetjük a *titulust* és *modust*. Ha pl. ajándékból cedálok valami követelést, akkor a *modus* a *cessio*, a *titulus* az ajándék. Egy szóval ez értéktelen megkülönböztetés, általános, a dologi jogokra közös igazságnak nem tekinthető.

Ez minden, mit a dologi jogokról általánosságban mondhatunk. Az egyes dologi jogok az egyes jogrendszerekben különböző számban vannak. A római jog két nagy csoportra osztotta a dologi jogokat: ius in re propria: a tulajdonjog, és iura in re aliena (helytelen elnevezés l. 53. old.): a szolgáalom, az emphyteusis, superficies és a zálogjog. Az egyes dologi jogokat megelőzőleg a birtokot tárgyaljuk.

I. FEJEZET: A BIRTOK.

67. §. A birtok fogalma.

Mi a birtok? Jog-e vagy tény? Ez százados vitatkozásnak a tárgya, melyre még ma sincsen megállapodás.

A birtokot ellentétbe helyezik a joggal. Ha azt mondjuk, hogy birtokolok egy dolgot, ez alatt azt értjük, hogy én tényleg használom egy dolgot, birtokolok egy kabátot, annyi, hogy tényleg használom, helyesebben abban a helyzetben vagyok, hogy a dolgot tényleg használhatom. A rendes állapot az, hogy az birtokolja a dolgot, legyen abban a helyzetben, hogy a dolgot használhassa, a ki erre jogosult, a kinek a joga erre van irányítva, azaz, kinek az érdekében a jogrend, az állam egy ezt az élvezetet biztosító parancsot bocsát ki, tehát a tulajdonos. És valóban birtok és tulajdon rendesen összeesik. Innen van az, hogy a laikus e két fogalmat felcserélve használja, tulajdon helyett birtokot mond, különösen az ingatlanra vonatkozólag. Ez alatt a kifejezés alatt, hogy ez a dolog az enyém, érti azt is, hogy tulajdonomban, azt is, hogy birtokomban van. A jogásznak persze, mint látni fogjuk, e kettőt el kell egymástól választani. Hogy birtok és tulajdon a legtöbb esetben összeesik, annak magyarázata az, hogy azt az élvezetet, melyben a jog a tulajdonost védi, ez csak úgy érheti el, ha a dolgot egyszersmind birtokolja is, azaz abban a helyzetben van, hogy a dolgot használhassa. A teljes tulajdonjog tehát magával hozza a *ius possidendi*, a birtokot is és tulajdonjogunk meg van sértve, ha a birtok akarunk ellenére másnál van. Ez azonban nem azt jelenti, hogy a birtok a tulajdonnak célja, a cél a dolog használata, élvezete és ehhez a birtok csak oly eszköz, mint maga a tulajdon.

Birtok és tulajdon azonban nem mindig egyesül egy alanynál. Tulajdonos marad valaki, ha a dolgot pl. el is lopták tőle vagy ő adta oda másnak. A parancs, hogy a dolgot más nem használhatja, nem élvezheti csak ő, tovább is fenmarad, bár tényleg ő jelenleg nincs abban a helyzetben, hogy használhatná, vagyis a birtok nincs nála. A birtok ilyenkor annál van, ki abban a tényleges állapotban van, hogy a dolgot használhatja. A birtokot ennek alapján úgy definiálják, hogy a *birtok tényleges állapot*. Én birtoklom a dolgot, annyit jelent, hogy a dolog nálam van, az én hatalmi sphaerámban

van, olyan testi közelségben van hozzám, hogy csak rajtam áll, hogy a dolgot élvezhessem. Birtok van már akkor is, mikor még nem élvezek, de a testi közelség olyan, hogy csak rajtam áll, hogy a dolgot élvezhessem. Ez a testi közelség in concreto igen különböző. Például birtoklom a házat, ha meg van adva a lehetőség, hogy hozzá eljuthassak. Én Pesten birtokolom a temesvári házamat mindaddig, míg meg van adva a lehetőség, hogy Temesvárra lejövén, nem akadályoznak meg a hozzájutásban. De már a temesvári rostélyost nem birtokolom, bár a testi közelség ugyanolyan, mint a ház esetében. Csakhogy a rostélyost nem szokás így par distance élvezni. A birtok esetében tehát a külső viszony, a mely szembeötlik, az más-más a különböző dolgoknál. Én a dolgot akkor birtokolom, ha a dolog olyan testi positióban van, a melyben az ilyen dolog lenni szokott, a mikor az ember élvezni akarja. A levelet birtokolom, ha benne van a levélszekrényemben, de már a mezőmön lévő levél nincs az én birtokomban. A mezőmön levő gépek viszont birtokomban vannak, mert azokat így szokás élvezni. A téglá, melyet építési helyemen leraknak, birtokomban van. *Birtok alatt tehát azt a tényt, szorosabban azt az állapotot, vagy mások szerint azt a tényleges állapotot vagy azt a tényleges viszonyt értjük egy ember és egy dolog közt. a melynél fogva ennek az embernek lehetőségében van ezt a dolgot a maga szokásszerű rendeltetése szerint használni.* Minthogy a dolgok rendeltetése más és más, a tényleges viszonyoknak is más és másnak kell lennie. Matematikus pontosságú formulát arra, hogy a dolognak mily testi közelségben kell lennie, felállítani nem lehet. A birtok tényét esetről esetre kell eldöntenünk, megfelelően arra a kérdésre, hogy ezt a dolgot ez az ember úgy tartja-e hatalmában, a mint azt szokás használni. A birtok tehát az élvezési lehetőség. Ezt az élvezési lehetőséget biztosító testi közelséget nevezi a latin *corpus possessionis*-nak, vagy röviden *corpus*-nak. De a fizikai lehetőség az élvezésre nem teszi még a birtokot, kell ezenkívül az öntudat, az akarat is a dolognak a birására, a corpus fentartására. Alvó embernek nem lehet tudomása arról, hogy én kezébe valami dolgot tettem, és ezért ő nem is birtokolja ezt a dolgot. Hogy tehát valaki egy dolgot birtokoljon, nem elég a fizikai viszony az ember és a dolog közt, azaz nem elég a corpus, hanem kell az *animus possessionis*, a birtoklási akarat is. Az oly ember, kinek jogilag a cselekvésre irányuló akaratát el nem ismerjük, a ki tehát nem cselekvőképes, az nem is szerezhethet birtokot. Akarat nélkül nincs birtok. Windscheid szerint ugyan lehetséges, hogy „a birtoklónak birtoka tekintetében semmiféle akarata sincs“, de utána teszi, hogy „ez a jog előtt közönyös factum“, vagyis nem birtok.

A birtokot tehát két elemre osztották fel: corpus és animusra. Ezzel azonban azt a tévhitet költötték fel, mintha corpus és animus két teljesen önálló momentum, egyenrangú két elem volna, a miből folyna, hogy animus lehető volna corpus, corpus animus nélkül.

Az ember mintegy úgy képzelhetné a birtokviszonyt, mintha mindenek előtt a térbeli közelségét a corpust kellene létesíteni, a mihez azután esetleg az animus járul, corpus volna az ágy, mibe az animus belefekszik. Ez nem áll, mert tényleg úgy áll a dolog, hogy sem corpus animus nélkül, sem animus corpus nélkül nincs, mind a kettő egyszerre keletkezik az által, hogy a használási érdek, az akarat a dologhoz való viszonyában megtestesül. A birtok tehát nem corpus + animus, nem pusztán találkozása a külön már megvolt corpus és animusnak, hanem a corpus az akarat ténye, a corpus az akarat, a használási érdek kifejezése, nyilvánulása, ép úgy, mint a szó a gondolat megtestesülése. A szóban testesül meg, lesz érzékelhetővé az addig pusztán belső gondolat, a corpusban, az embernek a dologhoz való viszonyában, az addig belső használási akarat, az érdek, az animus. Ezt megelőzőleg az észlelhetőség a külvilág, a szabályozás, tehát a jog számára egyik sem létezik. Maga a testi közelség még nem corpus, corpussá csak akkor lesz, mikor az animus rányomja a birtokviszony bélyegét. Jhering, kinek tanát adtuk az eddigiekben is, a corpus és animus viszonyát a jognak egy más alakulatával állítja párhuzamba: a szokásjoggal. Ez is két elemből alakul, egy külsőből, a szokás tényéből, a gyakorlatból és egy belsőből: a jogi meggyőződésből, az ú. n. opinio necessitatisből. A régi theoria az első, a külső momentumot állította előtérbe, a melyhez a második elem csak hozzájárul. A valóságban azonban úgy áll a dolog, mint a birtoknál. Itt is a gyakorlat a jogi meggyőződésnek külső nyilvánulása, realis megvalósulása, érvényesítése.

A corpus és animus viszonya a birtokjog alapvető fontosságú kérdése. Savigny, az eddig uralkodó birtoktan megalapítója úgy definiálta a birtokot, hogy az egy bizonyos akarattal (animus) egyesülő természetes (fizikai) hatalom (corpus) egy testi dolog felett, a melynél fogva minden idegen behatás meggátolható. Elemezzük e definitiót. Az első, a mit kifogásolnunk kell, az a birtoknak az a felfogása, hogy az fizikai hatalom, melynél fogva minden idegen behatás meggátolható. Ez nem áll. A temesvári házam a házmasternek inkább van fizikai hatalmában, mint nekem, mégis én vagyok a birtokosa. Dr. Schwarz Gusztáv a Magyar Igazságügy 1888. évfolyamában az újabb birtokirodalomról írván, igen tanulságos példákat hoz fel, melyek közül épen tanulságos voltuk miatt egy párat átveszek. Ha többen egy asztal körül ülünk és én az én zsebkésemet az asztal közepére teszem, úgy a fizikai behatás lehetősége erre az órára mindannyiunkban egyenlő nagy: birtokos mégis csak én leszek. Ha a színházban a ruhatárosnak adom át a kabátomat, én elvesztettem, ő elnyeri a fizikai hatalmat — de azért birtokos csak én maradtam. Példák a forrásokból: ha pénzt ástam el a más ember telkében, bármeddig és bármily távol utaztam is el, sőt ha egy ideig el is felejtettem, hogy hová

rejtettem a pénzt, mindaddig, míg a telektulajdonos a pénzemet ki nem veszi a földből, én maradok a birtokos, pedig a physikai behatás lehetősége ő nála van, nem én nálam. Valakire reábiztuk a holminkat, ő meghal, jobbról is, balról is neki esnek az éhes örökösök a hagyatéknak: mindaddig, a míg a mi holmink ott van a hagyatéki tömegben, a mienk a birtok is, pedig sem a physikai behatás lehetősége sincs meg, sem az a lehetőség, hogy másokat a physikai behatásban meggátoljunk. Egy boros pinczében levő összes borok birtokát megszereztük, mihelyt a boros pincze kulcsait átvettük. Miért? Mert — úgy mondják Savigny hívei (Randa: Besitz) — e kulccsal meg van adva a pinczében levő hordók feletti physikai behatás lehetősége is. Ha most valaki a kulcsot tőlem ellopja, akkor ugyanaz a physikai hatalom, mely azelőtt nálam volt, átment a harmadik személyre, nálam belőle semmi sem marad, mégis a források szerint a birtok nálam marad addig, míg a tolvaj magukat a hordókat is hatalmába nem keríti. Ha követ adnak át nekem, elég ha a helyszínen az átadási nyilatkozat történik, ezzel a birtokot elnyertem. Ha most távozom és az átadó — talán megbánva a velem kötött alkut — ismét ott terem a helyszínen a kórákás előtt és kijelenti, hogy az átadott tárgyakat ismét birtokba veszi, ő mégsem birtokos, pedig a physikai behatás lehetősége most csak úgy nála van meg, mint nála volt, mielőtt a tárgyakat nekem átadta vagy mint én nálam volt, mikor azokat átvettem. A nyaralómat birtokban tartom télen át is, még ha egy embert sem hagytam ott őrizetére, ha mindjárt a nagy hó miatt a közlekedés egész télen át lehetetlen, úgy hogy a physikai behatásnak még az árnyéka sem marad nálam. Egyáltalában, így folytatja Schwarz, mihelyt az ingatlanok birtokára térünk, a physikai hatalom szempontja teljesen felmondja a szolgálatot. Egy zsebórát, egy könyvet, egy csomó pénzt még csak tarthatok physikai kizárólagos hatalmamban, de hogyan tartsam physikai hatalmamban száz holdnyi erdőmet. Bruns szerint minden favágónak, a ki egy fejszével átmegy az erdőmön, több physikai hatalma van fölötte, mint magamnak. De különben is a római jog szerint az, a ki az ingatlanomat tudtomon kívül elfoglalja, nem tekintetik birtokosnak mindaddig, míg én arról értesültem és kihajtását meg nem kísérlettem. Egy szóval, a Savigny meghatározása nem talál, a birtok corpora nem physikai hatalom, hanem az a helyzet, hogy valamely dolog bizonyos személynek tényleg szolgál. Ez a helyzet nem kívánja meg a személy és dolog közti physikai közelséget, és különben sincsenek állandó ismertető jelei. Minthogy oly tényekről van szó, melyek lépten-nyomon, napról napra történnek, a forgalmi élet felfogása, a mely a gyakorlatban és szokásban nyilvánul, a döntő. A gyakorlati élet adja meg tehát a feleletet arra a kérdésre, vajjon valamely dolog szolgál-e valakinek, azaz birtokban van-e, vagy sem. A forgalmi élet adja meg a feleletet arra, hogy miképen lehet megismerni, vajjon valamely

dolog oly helyzetben van-e, a mint azt használni szokták. A folyón úszó fatörzseim, melyeket az erdőből a városba szállítok így, birtokban vannak, holott az ugyanúgy úszó asztalomra, butoromra való birtokomat elvesztettem.

Maguknak a forrásoknak nyelvhasználata is mutatja, hogy a birtok alatt használhatást értenek. Aelius Gellius úgy definiálja a birtokot: *Possessio est usus quidam agri aut aedificii*, vagy a birtok általi tulajdonszerzést *usucapiónak* hívjuk és l. 115 D. d. verb. sign. 50. 16 szintén úgy szól, hogy *possessio ergo usus est*.

Savigny birtokelméletének második pontja: az *animus* kérdése. Ez voltaképen az a pont, mely Jheringet, a birtoktannak Savignyval congenialis művelőjét, a Savigny teoriájának megtámadására bírta. Savigny ugyanis az animust nemcsak úgy fogja fel, hogy a fizikai hatalomra, a corpusra rányomja bélyegét, hanem a római jognak azt a distinctióját, mely kétféle birtokot, *detentiót* (birlalatot) és *possessiont* (birtokot) különböztet meg, szintén az animusra vezeti vissza. Ha az, a ki valamely dolgot hatalmában tart, ezt azon akarattal, szándékkal (animus) teszi, mintha azon dolog az ő tulajdona volna, *a. rem p. habet.* tehát tulajdoni akarattal gyakorolja a fizikai hatalmat, akkor e viszonyt jogi birtoknak, a római jogforrásoknak *possessiónak* nevezzük. A birtok tehát szerinte két elemből áll: fizikai hatalomból (corpus) és tulajdonosi akarattól (animus domini). Ellenben, ha az, ki valamely dolgot hatalmában tart, egy más személy tulajdonosi akaratát ugyanazon dolog irányában elismeri, akkor azon tényleges viszonyt természetes birtoknak, *detentió*nak nevezzük. (A források *tenere-ről*, *in possessione esse-ről*, *naturalis possessió*ról szólnak.) A *detentió*ban tehát hiányzik az animus, illetve csak *animus rem alieno nomine possidendi* van.

Savignynek ez az animus domini-je csakhamar revisio alá került. A római jog ugyanis birtokosnak minősíti a zálogbirtokost, a precaristát (olyan, kinél a dolgomat úgy tartom, hogy bármely pillanatban visszavehetem), az emphyteutát (kinek a dolgot teljes használatra adom, de a tulajdonjogot kifejezetten visszatartom), a sequestert (kinél egy dolgot, melynek tulajdonáról foly a vita, leteszünk, hogy annak adja, ki a vitában nyertes marad). Ezek mind birtokosok, pedig épen az jellemzi ezeknek jogi állását, hogy *nem* tulajdonosi akarattal bírják a dolgot. A zálogbirtokos, mihelyt tulajdonos módjára használja a dolgot, tehát, mihelyt pl. a dolgot használja, gyümölcseit húzza, elhasználja — nem zálogbirtokos többé, hanem tolvaj. A birtoknak ezen eseteit, t. i. a záloghitelezőnek, a zárgondnoknak (sequester), az emphyteutának és a precaristának birtokát Savigny singularitásnak, anomaliának tekinti, mert ezeknek akaratát tényleg nem arra irányul, hogy tulajdonosként bírják a dolgot és a római jog akaratuktól eltérően mégis birtokot ad nekik. Ezeket ő a birtok különös nemeként említi és *származtatott (derivativ) birtoknak* nevezi.

Ez a tan Jheringig fentartotta magát olyannyira, hogy nemcsak a római jogászok, hanem még az ú. n. észjogászok is hirdették és a mit a tanon változtattak, csak annyiból állott, hogy a Savigny animus dominijéből holmi animus possidentis, animus dominantis, animus rem sibi habendit csináltak.

Jhering a maga remek Besitzwille-jében minden oldalról megtámadja e teoriát. Megtámadja először processualis szempontból. A Savigny teoriája szerint nemcsak a corpust, a tényleges állapotot kellene a birtok tagadása esetén bizonyítani, hanem az animus rem sibi habendit és, hiszen a corpus a detentiónál is megvan, tehát a külön animust, a mely a possessiót a detentiótól megkülönbözteti, is be kell bizonyítani. Ez azonban nincs így. Birtokom bizonyításánál csak a corpust kell bizonyítanom, az animussal a bíró nem törődik és ezzel nem tesz mást, mint a mit a római bíró tett, a ki Paulus szerint a birtokot bebizonyítotttnak tekintette, ha felperes a birtoknak külső tényét beigazolta (*Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in iure, quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam.*) Megtámadja másodszor Savigny tanát a források alapján. A forrásoknak számos helye azt mutatja, hogy a római jogászok az animust figyelembe nem vették, sőt ellenkezőleg számos hely van, mely egyenesen az animus theoria megczáfolásához vezet. Így ha a bona fide serviens (oly szabad, ki magát rab-szolgának hiszi) megvesz valamely dolgot, a források szerint birtokossá lesz (l. 21 pr. d. A. R. D. 41. 1.), pedig animusa épen nem irányul a suo nomine possessióra. A filius familias, kinek pater familiasa idegenben meghalt, a nélkül, hogy ő erről tudomást nyert volna, megnyeri a vett dolgon a possessiót (l. 44. §. 4 de usurp. 41. 3), holott ő azt hiszi, hogy atyjának szerzi a dolgot, tehát magát csak detentornak hiszi. De plus est in re, quam in existimatione mentis. Ugyanott 7. §. alatt Papinianus birtokot ad a filius familiasnak, kinek atyja az ellenséges fogságban halt meg, birtokot ad neki a fictio legis Corneliaenél fogva már atyja fogságba esése pillanatától, habár ez esetben animus possidentisről szó sem lehet. L. 13. de donat. 39. 5 alatt Ulpianus csak detentiót ad a képviselőnek, még ha a maga számára akarja is a birtokot szerezni. Ha az örökös valamely örökségi dolgot bérbe vesz (l. 21. de usurp. 41. 3. bár ő birtokot nem is akar, hisz nem tudja, hogy a dolog volta-képen az övé és bérleti szerződést köt, mégis birtokos és a bérbeadó elveszti a maga birtokát. Viszont valamely telek bérlőjének halálával örököse, ki a bérleti szerződésről mitsem tud és a telket az örökhagyóénak hitte, csak detentiót nyer, bár animus dominije van (l. 60. §. 1 Loc. 19. 2). Mind e példákban birtok van animus possidendi nélkül és animus possidendi birtok nélkül. Megtámadja végül Jhering a tant materialis szempontból. Ha az egyéni akarat a döntő, abban a kérdésben, valamely tényleges állapot birtok vagy birlalat-e, akkor ezzel egyszersmind el van ismervé az is, hogy a

személytől magától függ, hogy viszonya a dologhoz birtok-e vagy birlalat. Ha animus dominare határozza magát, akkor birtoka van, ha nem, akkor csak birlalata. A bérlő, haszonbérlő, haszonkölcsönbe vevő (commodatarius) tehát birtokos vagy birlaló volna, a szerint, a mint ő magát határozná el animus dominare vagy animus alieno nomine detinendi-re. Pedig ez nem áll. Ők mindig detentorok, bármilyen is az animusuk. A Savigny theoriájának végső consequentiája az volna, hogy a birtokviszony neme teljesen az alany akarat-elhatározásától függne, hogy tehát akaratát tetszése szerint változtathatná, ma birtokolhatna, holnap birlalhatna és így tovább, pedig épen a római jognak az a szabálya: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*.

Ezzel szemben a Savigny hívei azt mondhatnák, hogy nem az egyén individualis animusát, hanem az abban a helyzetben levőknek tipikus akaratát kell nézni. Hogy valamely bérlőben megvan-e az animus detinendi, az teljesen közömbös, az abstract, a tipikus bérlőben megvan. E szerint más akarata van a vevőnek, a tolvajnak, más a bérlőnek, a commodatariusnak; azok a tulajdonos helyzetét akarják elfoglalni, ezek nem, és a jog csak saját akaratuk következményét vonja le, mikor azoknak birtokot, ezeknek csak birlalatot ad. Vajjon valamely személy ez akaratránynak és az ahhoz fűződő következményeknek tudatában van-e, nem jön tekintetbe, a jog nem az individualis, hanem az abstract akarattal operál, nem ezt a vevőt, tolvajt, bérlőt stb. kell nézni, hanem a tipikust és ezért az individualis akaratnak a tipikustól való eltérése semmi befolyást sem gyakorol, a bérlő mindig detentor, még ha birtokosnak hiszi is magát, illetve az akar is lenni. De ha ezt elfogadjuk, akkor az animus voltaképen irrelevans és ez a Savigny theoriának teljes megdöntése.

Ha azonban nem az animus adja meg az elválasztó vonalat a birtok és birlalat közt, miből fogjuk megtudni, vajjon birtokkal vagy birlalattal van-e dolgunk? Mert a külső viszony mindkettőnél ugyanaz, a corpusból nem következtethetünk birtokra, illetve birlalatra. A kettőt pedig egymástól el kell választanunk. Mint később látni fogjuk, a birtok jogi védelemben részesül, holott a detentio nem, igen fontos tehát, hogy a kettőt meg tudjuk különböztetni. Az animus már azért sem lehet döntő, mert mint láttuk, a birtokhelyzet (a detentio) nem áll az alany subiectiv hatalmában a dolog felett, hanem egy bizonyos obiectiv viszonyban, mely harmadik személyek által is látható és megbírálható. Ha a birtokos alanyi hatalma a dolog felett, bármily nagy legyen is, nem elegendő a birtok, tényálladáshoz, hacsak e hatalom egy obiective, kiki által észrevehető, külső situációban kifejezést nem nyer, másfelől pedig ezen obiectiv helyzet fenforgása elegendő a birtok fennállására, ha mindjárt ama subiectiv hatalomból a dolog felett nincs is meg egy porszemnyi sem, akkor természetes és közelfekvő dolog, hogy azon kérdés felett is, vajjon ama birtokállapot jogsegélyben részesüljön-e (birtok, pos-

sessio), vagy sem (birlalat), az obiectiv tényállás, ne pedig a birtokos subiectiv akarata döntsön. (Schwarz.)

Ezért már Jheringet megelőzőleg Dernburg határozottan állást foglalt a Savigny birtokosi akarata ellen, és azt tanítja, hogy a detentio és possessio közti megkülönböztetés nem a birtokosi akarat más-más voltán, hanem csakis gyakorlati és történeti törvényhozási indokokon nyugszik; azért e kérdésre, vajjon egy concret esetben possessio vagy detentio forog-e fenn, nem a birtokos akarata, hanem a jogszabály, közelebbről az obiectiv tényállás, a melyhez a jogrend ezt a hatást fűzi, azaz a *causa possessionis*, adja meg a választ. Ezért ő taxative elősorolja a *causae possessionis* és *causae detentionis* eseteit. Ez a theoria még csak egyben sántikál, t. i. abban, hogy szerinte a perben a birtokosnak nemcsak a corpust (másképen detentióknak hívják) kellene bizonyítani, hanem azt is, hogy ezt a birtokot oly czímen, illetve módon szerezte, a melyhez a jogrend a birtokosi védelem hatását fűzi. Valójában azonban a birtokosnak csak a tényleges helyzetet, a corpust kell bizonyítania, hogy birtokosnak tekintessék, a mivel szemben a másik fél tartozik bizonyítani, hogy az mégsem birtok, hanem csak detentio, mert causája csak detentióhoz vezet. Hiszen, ha a birtokostól a causa bizonyítását kívánnák meg, akkor az esetek legtöbbszörében a birtokos védtelen maradna, mert ki tudná mindig birtokának causáját bizonyítani? Hogy e tekintetben is megfeleljen ez a causalis theoria, praesumptio iurishoz kellett folyamodnia, hogy t. i. mindaddig causa possessionist kell felvennünk, míg az ellenkezője be nincs bizonyítva. Ezt a vélelmet kerüli el Jhering, mikor úgy formulazza a tételt, hogy *valahányszor a birtokviszony megállapításához általában megkívánt két elem: corpus és animus megvan, mindig birtok származik, hacsak oly jogszabály nem bizonyítható, a mely e két elemhez kivételesen csak detentiót fűz.* Annak kell bizonyítania, a ki valamely ilyen birtokot kizáró ok létezését állítja. A birtok bizonyításához elegendő pusztá kimutatása a külső birtokviszonynak (corpus), a mely mint ilyen az animust is magában foglalja. Az eilenfél dolga oly okot felhozni, mely a fenforgó esetben a birtokot kizárja, t. i. vagy hogy azt, a dolog nem lehet birtok tárgya (res extra commercum), vagy hogy causa detentionis forog fenn. Már most kérdés, hogy mit kell causa alatt itt értenünk. Causa itt nemcsak a jogalap (ez a causa jelentése a tulajdonátruházásnál), hanem a birtokhelyzet keletkezésének jogilag relevans módja. Hogy pedig mik azok az esetek, a melyekben detentio van csak, azt a különös részben fogjuk látni. Ilyen a képviselőnek, a mandatariousnak, a depositariusnak, a bérlőnek és haszonbérlőnek, a haszonélvezőnek, a birtokba utaltaknak, a rabszolganak és a régi jogban a filius familiasnak a birtoka.

A Savigny formulázásában a birtokról mindezek alapján hármas hiba rejlett: a physikai birtoklás nem az, a minek ő leírja; a birtokosi akarat nem az, a minek ő leírja, végre a viszony a kettő

között nem az, a minnek ő előadja. Röviden ugyanis, úgy mond Schwarcz az idézett helyen, a birtoklás (detentio) nem physikai hatalom; a birtokosi akarat nem tulajdonosi akarat; végre a viszony a kettő között nem az, a minnek Savigny előadja: mert a birtokosi akarat megvan a detentorban is, a detentio az animustól sohasem választható el oly élesen, mint a hogy azt Savigny teszi, és az, vajjon a birtok tényéből birtokjog származik-e vagy sem, soha a birtokos subiectiv akarata szerint, hanem más, akaratától független tények szerint határozódik.

Jhering a maga és Savigny-theoria közti különbséget a következő formulával tükrözteti vissza. Jelöljük, úgymond, a birtokot x -szel, a detentiót y -nal, a corpust c -vel, az animust, a melylyel a Savigny-theoria szerint a detentornak is birnia kell (animus detinendi) a -val, azt a plust, mely szerinte a birtoknál ehhez hozzájárul (hogy t. i. suo nomine akar birni), p -val, a Jhering theoriája szerint a birtokot bizonyos esetekben tagadó jogszabályát n -nel. Savigny theoriája szerint

$$\begin{aligned} x &= a + p + c \\ y &= a + c \end{aligned}$$

Jhering szerint

$$\begin{aligned} x &= a + c \\ y &= a + c - n. \end{aligned}$$

Ebtől igen sok különbség foly, úgy főleg az, hogy a hol corpus és animus megvan, ott kétség esetén Savigny szerint csak detentio volna, holott Jhering (és a források) szerint birtok van; detentio csak ott van, hol a források kifejezetten mondják. A birtok a detentiótól a Savigny theoriája szerint nemcsak következményeiben különbözik, hanem a tényállás tekintetében is, a mennyiben a birtokosnak nagyobb, több az akarata, mint a detentornak; ellenben a Jhering elmélete értelmében a tényállás mindkettőnél ugyanaz (corpus, mely birtoklási akarat nyilvánítására alkalmas), de míg a detentio csak tényállás marad (ezért a corpus helyett detentiót is szoktak mondani) addig a birtok esetén ehhez a tényálláshoz a jogrend következményeket is fűz. És így eljutottunk ahhoz a százados kérdéshez, vajjon jog-e a birtok, vagy tény.

67. §. Jog-e a birtok, vagy tény?

(Dr. Schwarz Gusztáv idézett cikkéből.)

Bekker könyve (Das Recht des Besitzes bei den Römern) volt az, a mely e kérdésre meghozta a választ. A hiba, a miért e kérdés oly nehezen bonyolult ki, itt is, mint számos más esetben, magának a kérdésnek hamis feltevésében rejlik. A kérdés ily alakban, hogy jog-e, vagy tény, megfejthetetlen, mert a birtok szó kétértelmű valami: jelenti a birtoklási tény (factum possessionis) és jelenti

annak jogi hatását is (ius possessionis). A dolog oly egyszerű, úgy mond Schwarz, hogy érthető, hogy a sok mélységes tudós bűvárlat közepette, észre nem vette. Ha a botomat, a kalapomat, a zsebórámat a kezemben tartom: úgy ez kétségtelenül egy physikai tény, közelebbről egy physikailag leírható tényleges állapot. Ezt az állapotot úgy fejezzük ki, hogy azt mondjuk: e bot, e kalap, e zsebóra az én birtokomban van. A birtok tehát egy tényleges állapot. De a jogrend ezen tényhez jogi következményeket, jogi parancsokat és tilalmakat fűz: e jogi következményekben áll az, a mit birtokjognak (ius possessionis) mondunk. Hogy ezek a következmények jog-e, az nem a birtokjog kérdése, hanem annak kérdése, mit értünk alanyi jog alatt. Minthogy mi alanyi jog alatt rendelkezésünkre bocsátott jogparancsot értünk, a kérdés már csak az, vajjon a birtoktényhez fűződő következmények ilyen parancsok-e, adnak-e igényt? A ki egy dolgot a maga birtokában tart, az ebben a tényleges állapotban védetik; a védelem formája ugyanaz, mint bármely más jog esetén: állami parancsok, illetve tilalmak, melyek a jogrendnek alávetett egyénekhez intézettek; e jogparancsok által mindenkinek megtiltatik, hogy a birtokost a birtokában levő dolog élvezetében háborítsa; a tilalom megszegése esetén a birtokosnak kereseti joga adatik a zavartalan birtokállapot helyreállítása iránt, csak úgy mint bármely más jog megsértése esetén. *A birtok tényleges állapotához fűzött joghatások, azaz a birtokot védő és a birtokos rendelkezésére bocsátott jogparancsokat el kell ismernünk a birtokos alanyi jogának, vagy birtokjogának.*

Birtokjog és birtoktény két különböző valami, a kettőnek összetévesztése semmivel sem kisebb hiba, mintha a jog bármely más terén a tényleges jogállapotot a jogkövetkezményekkel összekeverjük. Senkinek sem jut eszébe kérdezni, vajjon a születés, a halál jog-e vagy tény? Pedig e kérdések, úgy mond Schwarz, semmivel sem különbek annál, vajjon a birtok jog-e, vagy tény. A szerződéskötés, a házasság, a születés, a halál tények, a melyekhez a jogrend a maga részéről jogi következményeket fűz, és ugyanez áll a birtok tényéről is. A dolog világossá lesz, mihelyt elképzeljük, hogy mi volna akkor, ha a jogrend megszűnnék? A szerződéskötés, házasság, születés, halál, birtok tényei ekkor is megvolnának, akkor is igérnének az emberek egymásnak, akkor is elfogadnának ígéreteket, férfi és nő akkor is egybekelne; ember születnék, ember halna akkor is; és a mi a kezemben van, kezemben volna akkor is. A mi nem volna, az e tények jogi következményei: a parancsok is tilalmak ama védő hálója, melyet a törvény ama tények beálltával körénk vet, nem volna többé; a birói segély ama parancsok és tilalmak iránti engedelmisség kikényszerítése nem volna többé; volna az ígéret és ígéretelfogadás, de nem volna *actio ex contractu*; volna a férfi és a nő egybekelésének ténye, de nem volna *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*; volna születés és halál, de

amaz által jogokat nem nyernénk, ez által nem vesztenénk; volna a birtoklás ténye (detentio), de nem volna interdictum uti possidetis.“

A birtokhoz fűződő állami parancs mindezek alapján alanyi jog. Ép úgy jog, mint a hogy a nexum és obligatio az, pedig ezek a kifejezések teljesen úgy, mint a birtok, magát a tényt is jelentik. Hogy a birtok jogvoltát tagadták, annak magyarázata a kettős fogalomjelölésen kívül az is, hogy a tény és jog viszonya a birtoknál állandóbb, mint egyéb jogoknál. A szerződéskötés a szerződésből folyó jognak keletkeztető ténye ép úgy, mint a birtok ténye a birtokjognak. Csakhogy míg a szerződésből folyó jogok megmaradnak, holott a szerződéskötés csak egy pillanat, a tulajdonjog fennmarad, holott a traditio, a mely által szereztük, csak egy pillanatig tart, addig a birtokjog csakis addig marad meg, a míg a birtokállapot, a birtok ténye tart. A birtok tényének megszűntével megszűnik a birtokjog is. Minden egyéb jognál a tény a jognak átmeneti alapja, a birtokjognak a birtoktény állandó feltétele. Ezzel összefügg a bizonyítás kérdése is. Míg más jogoknál a bizonyítás a multa vonatkozik, a jog keletkezésére, addig a birtokosnak a joga alapjául szolgáló birtoktényt a jelenben kell kimutatnia, ő nem elégedhetik meg azzal, a mivel más jogot állító, t. i. a jog keletkezésével. E tekintetben a birtokjog hasonlít a személyi joghoz. Annak alapja a személy, a személyiség, és személyi joga csak addig van valakinek, a míg személyisége van, a személylyel kezdődik, azzal vész el a személyi jog, ép úgy, mint a birtokjog a birtokkal.

Két kifogást szoktak a birtoknak jogi minősítése ellen felhozni. Az egyik az, hogy pl. a tolvaj is részesül a védelemben, már pedig ő jogtalanul jutott a birtokhoz, jogtalanságból pedig jog nem lehet! Itt az alaptétel nem helyes, mert lépten-nyomon találkozunk azzal a tüneménynyel, hogy jogtalanságból jog lesz, elbirtoklás, specificatio stb. A másik kifogás pedig az, hogy lehet jog a birtok, hiszen a tulajdonossal szemben meg nem állhat, meg nem véd! De ha ez a kifogás állna, akkor a tulajdon sem volna jog, hiszen kötelmi igény alapján megszüntethető, nem volna jog a váltójog (Zsögöd), „a mely épen úgy csak interimistikus szava a törvénynek, a fenforgó tények fölött, mint a birás nyers factumának jogi fűződvénye“. Ez is: „jog“ csupán a lex minus plena szerint. Nem az (esetleg in concreto), mihielyt a lex plenat ráeresztem. (A nyers eredményt véve.) A hasonlat a váltó- és birtokjog között e tekintetben tényleg frappans. Ép úgy, mint a birtokperben győztes a tulajdonperben vesztes lehet és ekkor birtokát is elveszti, úgy a váltóperben győztes is a köztörvényi úton ugyanabban az ügyben indított perben vesztes lehet és ez esetben végleg vesztes. A váltójog mégis jog, és így alanyi jog a birtok is.

Azzal, hogy a birtokhoz fűződő hatásokat alanyi jognak ismerjük el, ismét Jhering nézetét fogadjuk el és ellenkezésbe

jövünk Savignyval, a ki szerint a birtok nem jog, hanem tény, de mégis a joghoz hasonló hatásokat hoz létre. Minthogy pedig a birtok tény, azért benne utódlás (*successio in possessionem*) nem képzelhető, utódlás csak jogban lehető. Mi Savigny tanának ezt a részét sem fogadjuk el, hanem azt állítjuk, hogy a birtok valódi alanyi jog, ha pedig az, akkor át is ruházható (Strohal: *Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht*; Pininszky: *Besitzerwerb*). Ha pedig a birtok nem mindig szükségszerűen eredeti módon, hanem származékosan is szerezhető, természetes, hogy a származékos birtokszerzés tényállása is sok tekintetben eltér az eredetitől. Így vált a *vacuae possessionis traditio*, azaz a birtokátadás fogalma önállóvá az *occupatio*, azaz az egyoldalú birtokbavétel fogalmával szemben.

Most még csak az az kérdés, hogy azok a tények, a melyekkel birtokjogot szerzünk és elvesztünk, milyenek? Abból kell kiindulnunk, hogy mi a corpus és animus viszonya? Corpus possessionis nem is képzelhető a birtoklási szándékkijelentés nélkül, az animus már benne van a detentio tényálladékában, a kettő egymástól széjjel nem választható, ugyanannak a dolognak csak más-más oldalát képezik, úgy viszonylanak egymáshoz, mint akarat és kijelentés. Kijelentés és akarat pedig a jogügylet tényálladékának elemei. Minthogy pedig a birtokosi cselekmények (*apprehensio*, *vacuae possessionis traditio*, *derelictio*) a fentiek szerint jogokat (birtokjogokat) szülő, illetve változtató és megszüntető akaratkijelentések, ennél fogva a birtokosi cselekmények a jogügyletek közé sorozandók. (Schwarz.)

A birtok ténye azonban nemcsak azért fontos, mert védelemben részesül, vagyis mert a birtokjognak a tényalapja, hanem sok más szerepe is van a jog terén.

A birtok először is *tartalma* lehet valamely jognak. A tulajdonosnak birtoka nemcsak tényleges állapot, hanem jogi jellegű is, a mennyiben mögötte áll a tulajdonosnak joga, hogy birtokolhasson. Ha tehát a tulajdonostól elvonják a birtokot, ezzel a tulajdonjogát sértik, tehát maga a tulajdonjog kívánja, hogy a birtokállapot megvédessék. De a római jog még tovább is megy, és megadja a tulajdonosnak az eszközt, hogy a birtokot bárkinek a kezéből, a kinél a dolgot találja, akármiképp jutott is az hozzá, vissza is szerezzé. Ez az eszköz, mely a legrégibb időben az önszegélynek ünnepélyes *actusa* volt és csak, ha ellentállásra talált, vezetett jogi eljáráshoz, a *rei vindicatio*. Ez különbözteti meg a római tulajdont minden más tulajdontól. A római felfogás szerint a birtok oly fontosságú a tulajdonra nézve, hogy tulajdon és igény a birtokra egyet jelent. Hogy a tulajdonos a birtok kiadására irányuló igényét érvényesítse, csak azt kell bizonyítania, hogy ő tulajdonos, és hogy az alperes birtokos. Azt az igényt, hogy bármely harmadik személytől a dolog birtokát követelhezzük, a római jog a tulaj-

donostól más jogokra is átvitte, azaz a rei vindicatiót a tulajdonostól más személyekre kiterjesztette (rei vindicatio utilis vagy más néven in rem actio). Ilyenek a superficiarius (ez vitás) az emphytenta, a záloghitelező és a bonae fidei possessor, vagy mint újabban nevezzük, a vélelmezett tulajdonos. Ez utóbbi azonban csak megszorított rei vindicatiót, úgynevezett Publiciana actiót kap, a melylyel szintén a birtok kiadását kérheti, de már nem mindenkitől, hanem csak attól, kinek kisebb joga van, mint neki, a birtoklásra. E jogoknál tehát a birtok e jogok tartalma, tárgya, ezek jogok a birtoklásra, ép úgy, mint vannak jogok a járásra, használásra stb. Ezen jogokhoz tehát a ius possidendi hozzátartozik.

A birtok ténye másodszor relevans annyiban, hogy a birtok valamely jog keletkezésének feltétele is lehet. Az egyszer már létrejött tulajdon további fennállása nincsen a birtok fennállásához kötve, a tulajdonos megtartja a tulajdonát, még ha a birtokot el is vesztette. De a római jog megkívánja, hogy a birtoknak okvetlenül meg kell lennie, hogy valamely tulajdon megszereztesse, vagyis megkívánja, hogy a tulajdon legalább keletkezésekor mutatkozzék teljes realitásában, már pedig a tulajdon realitása a birtok, a mely a tulajdon céljának megvalósításához okvetlenül szükséges. Csak a végakarat alapján való tulajdonszerzésnél, akár örökség, akár hagyománynál, keletkezik a tulajdon birtok nélkül, az élők közti forgalomban ellenben „a birtok az elkerülhetetlen kapu a tulajdonhoz vezető úton”. (Jhering.) A birtok a tulajdonszerzésnél kétféleképpen szerepel. Szerepel mint pillanatnyi átmeneti pont, a birtoknak egy pillanatban kell csak meglennie, de szerepel a birtok mint hosszantartó átmeneti stadium is. A pillanatnyi birtokkal megszerzettetik a tulajdon az occupatio, a fructuum perceptio, a traditio esetén, állandó, hosszantartó birtokkal pedig az usucapio esetében. De nemcsak a tulajdonjog szereztetik birtok által, hanem a dologi jogokon kívül számos kötelelem is, így a realis szerződésekből eredő obligatiók, számos delictum épen idegen dolog birtokbavételén alapul (lopás) stb. De valamint a birtok jog keletkezéséhez vezet, úgy másrészt a birtokbaadás gyakran jog, kötelelem megszűnését is okozza, így az obligatiók teljesítése praestatio által stb.

A birtok ténye (a detentio, corpus, mely mögött természetesen animus van) tehát már magában sem csupán res facti, hanem fontos szerepe van a jog különböző téerein possessio non tantum corporis, sed et iuris est. Mikor azonban birtokjogról, mint külön jogintézményről szólunk, azt nem ezen hatásokra való tekintettel tesszük, hisz ezekről a megfelelő jogokkal (tulajdon stb.) kapcsolatban lesz szó, hanem tesszük azért, mert a birtok tényéhez magához önállóan is fűződnek jogi hatások, azok t. i., a melyeket ezen a birtokjog néven foglalnunk egybe. Csak néhány esete van a birtoktényeknek, a melyekhez ez az önálló hatás, ez a birtokjog nem fűződik, azok az esetek t. i. a melyeket detentióknak nevezünk, a

mivel szemben a birtoknak azokat a szabályszerű eseteit, a melyekhez a később kifejtendő védelem járul, birtoknak, possessiónak hívjuk. Possessio szóval tehát voltaképen három fogalmat jelölünk. Jelöljük először is a birtok tényét, tekintet nélkül arra, hogy a jogi védelem fűződik-e hozzá vagy sem. Ily értelemben tehát a possessio elnevezés magában foglalja a possessio civilist (védett birtokot) is és possessio naturalist (detentiót) is. Szűkebb értelemben possessio alatt csak azt a birtoktényt tekintjük, melyhez birtokjog fűződik, tehát csak a possessio civilist. Még szűkebb értelemben birtok, possessio néven magát a birtokjogot (*ius possessionis*) nevezzük. Ezzel szemben detentio, birlalat maga a birtoklási tény, illetve szűkebben annak az az esete, a melyhez a birtoklási jog nem járul. De azért a detentio nem pusztán térbeli viszony, hanem szintén animust kifejtő corpus, sőt némi jogi védelemben is részesül, még pedig nemcsak a modern pandektajog szerint, a mely a summariissimumban és az actio spoliival neki ugyanazokat a jogi eszközöket bocsátja rendelkezésére, a melyeket a birtokosnak ad, hanem már a régi római jog szerint is. A védelem, melylyel a római jog a detentort is részesíti, kettős; önvédelmet és actiókat ad neki. Az önvédelemre Jhering Besitzwille-jében a következő példákat hozza fel: Ha valaki valamely közsétatéren a padra ül — ez res publica lévén, nem nyer rá birtokot — vagy ha a hajós hajóját a kikötőben kiköti, akkor mindkettő a maga helyét erőszak ellenében erőszakkal megvédheti. Ugyanaz áll a vasúti coupéban elfoglalt helyről, a kávéházban olvasott újságról. Az önvédelem tehát meg van a detentornak engedve, nincs azonban megengedve neki, hogy erőszakot alkalmazzon az ellen, a ki megelőzi őt a dolog elfoglalásában. Az önvédelmen kívül megilleti a detentort épúgy, mint a birtokost az actio iniuriarum. Feltétele ugyanaz, mint az önvédelméé, a dolog birtoklása akár birtok, akár birlalat alakjában. A ki azt a dolgot, a melyet birlalok, tőlem el akarja venni, megsérti vele a dologhoz való viszonyomban kifejtett akaratomat, azaz személyiségemet, és épen ennek védelmére szolgál az actio iniuriarum. E mellett az actio iniuriarum mellé járulnak bizonyos esetekben még más különös actiók is, pl. a bérlőnek és haszonbérlőnek az *interdictum quod vi aut clam*, a locus publicuson gyakorolt birlalaton védelmére az *interdictum de loco publico fruendo*, az ex primo decreto birtokba utalt, immissus védelmére az ő védelmére rendelt eszközök, az örökösnek a *hereditatis petitio* kiterjesztése az örökhagyó által birlalt dolgokra stb.

Nem áll tehát az sem, hogy a detentio teljesen védtelen volna. csak kisebb a védelem a birtokos védelménél. A birtokost ugyanis ezeken a védelmi eszközökön kívül a possessorikus interdictumok is megilletik. A detentio tehát jogi hatással, csak hogy kisebbel, mint a birtok, ellátott tény, ellátott viszonya a személynek a dologhoz. A személynek a dologhoz való viszonyából folyó jogviszonyok rang-

létrájában a legalacsonyabb fokot foglalja el. Legmagasabban áll a tulajdon, és a belőle ágazó *iura in re*, második fokon a *bonae fidei possessio*, harmadikon a birtok, az utolsón a *detentio*, a birlalat.

68. §. A birtok fajai.

A birtok legfőbb felosztása: *possessio és detentio*. Jogi birtok (*possessio*) a külön jogi védelemmel felruházott birtok, birlalat a védelem nélküli birtok, illetőleg az a birtok, melynek védelme volta-képen csak a személyiség védelme. A birtokot és *detentiót* a források *possessio civilisnek és naturalisnak* hívják, bár e kifejezések mást is jelentenek. Így *naturalis possessio* a *corporalis possessió*t jelenti ellentétben az *animo possidere*hez, *civilis possessio* alatt pedig oly birtokviszonyt is értenek, melyet a jog a *corporalis possessio* hiánya daczára is elismer.

A további felosztások már csak a *possessióra* szűkebb értelemben vonatkoznak. Felosztjuk a birtokot *iusta et iniusta possessióra* (*jogszerű és jogszerűtlen birtok*). Jogszerű az a birtok, mely megengedett alapon nyugszik, jogos úton keletkezett, *iniusta* pedig jogos alap nélküli birtok. (A tolvaj is birtokos.) Ez az *iniusta possessio* azzal szemben, kitől jogtalanul elvettük a birtokot. [*vi* (erőszakkal), *clam* (titkon) vagy *precario* (a bármely pillanatban visszaadandólag átvett birtokot a birtokos kérésére nem adjuk vissza)], *vitiosa possessionának* nevezték a rómaiak. Ennek a *vitiosus possessor*nak a helye mintegy a *detentor* és *possessor* között van. A *vitiosa possessio* teljes birtoki védelemben részesül minden harmadikkal szemben (*in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat*), de a *iustus possessor*al szemben csak *detentionalis* védelmet kap, azaz nem részesült védelemben, akár ő maga, akár ellenfele, a *iustus possessor*, indította meg a keresetet. A *iustus possessor* tőle ép úgy, mint a *detentortól* önhatalmúlág elvehette a dolgot (azonban fegyveres erőszakot [*vis armatát*] nem alkalmazhatott, hanem csak *vis simplexet sive quotidianat*. Ha *vis armatát* alkalmazott, ő is *vitiosus possessorrá* lett).

Igen fontos felosztása a birtoknak az, a mely *bonae fidei és malae fidei possessiót* különböztet meg. Jóhiszemű birtokos az, a ki joggal vagy menthetően azt hiszi, hogy ő a birtoklásra jogosítva van, rosszhiszemű az, a ki tudja, vagy tudnia kellene, hogy birtoka a joggal nem egyezik meg. A jóhiszemű birtokos bizonyos esetben még a birtokosénál is erősebb védelemben részesül, szinte tulajdoni védelmet nyer, az *actio Publicianaval*. A jóhiszemű birtokosnak a joga tehát nagyobb fokú a birtokosénál, és azért külön fogjuk tárgyalni.

A birtoknak joghatásai között a legnevezetesebbek: a birtokjog (*interdictumok*) és az, hogy elbirtoklás czímén a birtokos tulajdonossá lesz (*usucapio*). A rendes eset az, hogy minden birtok mind-

két hatással jár, az ú. n. származtatott birtok azonban nem vezet elbirtokláshoz, és azért ellentétben az elbirtokláshoz vezető birtokokkal (*possessio ad usucapionem*), *possessio ad interdicta*-nak nevezzük. Ilyen birtoka van a precaristának, a zálogbirtokosnak, az emphyteutának, a sequesternek és némelyek (Dernburg, Vangerow) szerint a superficiariusnak.

69. §. A birtokjog alanya és tárgya.

Az elv az, hogy a hol akár subjective, akár objective tulajdon nem lehetséges, ott birtok sem lehet.

Alanyai a birtoknak csak vagyonképes személyek lehetnek. Nem birtokképes tehát a rabszolga és a filius familias, ők csak detentorok, míg a possessor a pater familias. Már a justinianusi jogban a filius familias birtokosa a bonum castrense, quasi castrense és adventiciumnak, csak a peculium profecticium tekintetében maradt továbbá is birtokképtelen. Birtokképesek, bár animus dominijük nincs, a gyermekek, elmebetegek, testületek, alapítványok, szerezni persze a birtokot nekik a gyám, a gondnok, a szerző szerzi. A gyermekekre vonatkozólag különben két anomalis, singularis jogszabály áll a birtokszerzést illetőleg. Az egyik az, hogy tutoris auctoritate, azaz a jelenlevő gyám beleegyezésével maga a gyermek is szerezhet birtokot, másodszor pedig gyámjuk közreműködése nélkül is, tehát solo corpore (mert animusuk nekik nincs) is megszerzik a nekik ajándékozott dolog felett a birtokot. A tutor auctoritásával való birtokszerzésben az anomalia abban van, hogy a tutor auctoritását rendszeren csakis elidegenítéseknél és elkötelezéseknél kívánták meg, a birtokszerzés pedig sem elidegenítés, sem elkötelezés, és a tutor auctoritásáról csak az impubes, infantia maiornál van különben szó.

A birtok tárgya csak oly dolog lehet, a mely a tulajdonnak is tárgya lehet. ~~Tehát~~ csak res corporalis birtokolható, res incorporalis nem. Csak dolgot birtokolhatunk, jogot nem. A később tárgyalandó ú. n. iuris quasi possessio, nem a jognak a birtoklása, nem a dologbirtoknak az ellentéte, hanem iuris possessio (röviden possessio) és iuris quasi possessio úgy áll egymással szemben, hogy a possessio a tulajdonjog realitása, a iuris quasi possessio pedig bármely egyéb jogé. Possessor az, a ki úgy használja a dolgot, a mint azt a tulajdonos van hivatva használni, iuris quasi possessio pedig annak gyakorlása, a mire a tulajdonon kívül más jog képesít, pl. a szolgalmi jog. A ki a telkemen állandóan átjár, az telkemet nem tulajdonosként használja, hanem úgy használja (esetleg jogtalanul), mint a hogy azt a szolgalmi jog, az átjárási szolgalom engedi. () tehát nem a szolgalmi jogot birtokolja, hanem a dolgot bizonyos vonatkozásban, holott a possessor a dolgot minden vonatkozásban birtokolja. A birtok és quasi iuris possessio között a különbség tehát

olyan, a milyen a különbség tulajdon és szolgálat között. És valamint a szolgálat élvezeti obiectuma csak dolog lehet, úgy a iuris quasi possessio is csak a res corporalis.

A birtok tárgya csak oly res corporalis lehet, a mely in patrimonio és in commercio est. Nem lehet tehát tárgya a birtoknak, ép úgy, mint a tulajdonnak sem a szabad ember, sőt még filius familiasát sem birtokolja a pater familias (rabszolgáját igen, mert az dolog); nem birtokolhatók sem a res omnium communes, sem a res divini iuris, sem a res publicae in publico usu.

Abból, hogy csak a dolog birtokolható, folyik a következő három szabály:

1. Az egyszerű dolog (*res unita, simplex*) részei nem birtokolhatók, minthogy nem dolgok, tehát egyszerű dolgot vagy csak egészben lehet elbirtokolni (hosszas birtok által rá tulajdont szerezni), vagy sehogysem. Már az ingatlant bár egyszerű dolog, részenként is lehet birtokolni és elbirtokolni. A különbség oka az, hogy egyszerű ingó dolog csak szellemileg osztható részekre (*pro partibus indivisis*), míg az ingatlant testileg, tényleg is fel lehet osztani (*pro partibus divisis*), és minden része megint csak külön ingatlan dolog. A lovat testileg két részre, hogy két ló, bár fél akkora nagyságú legyen, osztani nem lehet, az ingatlant akárhány részre osztom, ingatlant, bár kisebb nagyságút, kapok. (Ez a különbség az ingók és ingatlanok közt, hogy az ingók csak *pro partibus indivisis* oszthatók, míg az ingatlanok csak *pro partibus divisis* nagy fontosságú a közös tulajdon szempontjából. Ha többen vannak valamely ingó, pl. a ló tulajdonosai, akkor nem úgy övék a ló, hogy az egyiké a feje, a másiké a dereka stb., hanem csak eszméileg kell a részeket felfogni. A kinek egy harmad lova van, azé voltaképen a ló minden atomjának a harmadrésze, vagyis a dolog csak *pro parte pro indiviso* osztható fel. Ellenben az ingatlan (a föld és minden a mi rajta van) valóságban osztatik fel, vonalakkal tényleg részekre osztható, tehát osztható *pro parte pro diviso*.)

2. Összetett dolog (több azelőtt önálló dologból úgy összetett dolog, hogy a részek önállóságukat elvesztették, *res composita, universitas rerum cohaerentium*) is csak egészben birtokolható, mert az egyes részei nem dolgok, hanem csak dologrészek: accessiók. (*Accessio* alatt értjük a dolognak a részét. Az tehát nem mellékdolog (Vécsey 174.), mert egyáltalában nem dolog, hanem csak dologrész. Megkülönböztetendő tőle a *pertinentia*, a tartozék, ez külön dolog, mely más dolognak, az ú. n. fődolognak szolgál; pl. a csónaknak a lapát, a hegedűnek a tokja, a szekrénynek a kulcs. Ez tehát az igazi mellékdolog. A dolognak ezt a categoriáját a jog csak czélszerűségi okokból állítja fel, és annyiban ad nekik jelentőséget, hogy hacsak a felek másképp nem egyeznek meg, a fődolgon végbemenő jogi változások, kivéve persze a testieket, a tartozéokra, mellékdologra is kihatnak.) A házbirtokos tehát a házat birtokolja, de nem birtokolja azonkívül

a lépcsőket, a kályhát, ablakot, mint külön ingókat. Sőt, ha valamely ingót birtokoltunk és az accessióvá lesz (mágt ezt a tényt is, hogy az egyik dolog a másik accessiójává lesz, accessiónak hívjuk), accedal egy másik dologhoz, megszűnik rajta a birtokunk, mert megszűnt dolog lenni. A kérdés különösen az elbirtoklás szempontjából fontos. Mert ha külön birtokot ismernénk el a házra, külön a kályhára, ajtókra stb., akkor a házat a földdel együtt, mint ingatlant csak 10 év alatt birtokolnók el, holott a kályha, a lépcső stb. mint ingót már három év múlva a mienk lenne. A római jog nem ezt az álláspontot foglalja el. Szerinte a lépcső, a kályha stb. a háznak, helyesebben a teleknek alkatrésze, accessiója, tehát nem külön dolog, ennél fogva nem tárgya külön birtoknak és így nem is birtokolható el külön, hanem csak a ház, helyesebben a telek birtokoltatik el és vele alkatrészei is, természetesen az ingatlanoknak szánt idő alatt. Ez logice is helyes. Ezzel csak egy-egy forráshely ellenkezik, a l. 30. §. 1. De usurp. 41. 3., de csak látszólagos. Az eset ott az, hogy egy oszlopot, melynek elbirtoklásához csak 10 napi birtokra van még szükségem, beépítek egy házba, az tehát annak accessiójává lesz, mégis úgy mond Labeo cum usucapturum, si aedificium possedisset, el fogom birtokolni az oszlopot, ha a házat birtokolom. E helyet sokféleképen magyarázzák, a mely magyarázatok közül mi azt fogadjuk el, melyet Dernburg is vall. E szerint ez a hely nem azt jelenti, hogy mi az oszlopot tovább is birtokoljuk, bár accessiójává lett egy res compositának, nem azt jelenti, hogy külön birtokoljuk a házat és külön az oszlopot, hanem egyik esete ez azon elbirtoklásoknak, melyek birtok nélkül is folynak.

3. A dologösszesség (*universitas rerum distantium*), csak névleges összefoglalása lévén a dolgoknak (nyáj, könyvtár), nem pedig külön dolog, nem birtokolható, hanem birtokoltatnak az egyes dolgok, az egyes juhok, könyvek stb., mindegyikre külön áll be az elbirtoklás és így külön is ítélendő meg.

Valamely dolog gazdaságilag egyszerre többeknek is szolgálhat. Ez csak olyképen történhetik, hogy a gazdasági élvezet és a dolog hozadéka több személyt részarányosan illet. Ez a *compossessio*, közös birtok. Közös birtok tehát csak pro partibus indivisis lehetséges, mindegyik eszmei részben birtokolja a dolgot. Már maga ez az alakulat kizárja a Savigny felfogását a birtokról (Pininszky id. m. 36. o.). Ha a birtok *tényleges, facticus, fizikai* hatalom, mikép osztható fel akkor *idealis* részekre? Hogy lehet birtokolni, tehát *fizikailag* hatalmunkban tartani *idealis* nem fizikai részeket, hogy akarhatunk *fizikai* hatalmat gyakorolni a dolognak csak *fogalmilag* létező részén? A Savigny theoriája és *compossessio pro parte pro indiviso* kizárja egymást. A *compossessio*t csak úgy értjük meg, ha a birtokot nem fizikai hatalomnak, hanem a személy és dolog közti gazdasági kapcsolatnak

fogjuk fel. A *compossessio* természetesen feltételezi, hogy a részek, a melyek erejéig az egyesek a dolgot birják, határozottak és hogy a közös birtokosok ismeretesek legyenek. Ez formailag, logikailag áll, de már a római jogászok is elismerték, hogy ez mera *suptilitas*, és a modern jogok túl is teszik magukat rajta. A római jog azonban levonta ennek *consequentiait*; szerinte, ha az összes személyek részei ismeretlenek, akkor a dolog birtoktalan, nincs birtokban.

A dolog csak *pro partibus indivisis* lehet többeknek birtoka. Olykép azonban, hogy többen birják a dolgot úgy, hogy mind-egyikük az egészet birtokolja, lehetetlen. *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt*, mert úgymond Paulus (l. 3. §. 5. h. t. [t. i. de acquirenda vel amittenda possessione] 41. 2.) épúgy nem birtokolhatjuk mindketten a dolgot, mint a hogy nem állhatsz egy időben ott, a hol én állok, nem ülhetsz ott, a hol én. A római jognak mégis vannak oly alakulatai, a melyek látszólag az ily értelmű közös birtok elismerésére mutatnak. Ha valaki birtokát önbatalom folytán elvesztette, akkor ő *iustus possessor* marad, míg a másik *iniusta possessiót* nyer. Ezt azonban csak úgy kell érteni, hogy a *iustus possessor*nak voltakép nincs birtoka (birtok mint tény), de van birtokvédelme (az *interdictum uti possidetis recuperatorius* hatásának ez a magyarázata). Hasonló eset a derivált birtok esetén származó kettős birtok. Ha zálogba adom a dolgomat, ő is birtokos, én is. Ő birtokos *ad interdicta* (Savigny szerint *possessor derivativus*) és pedig *possessor ad usucapionem* (p. *directus*) vagyok. Itt tehát két birtok van. De ez is csak látszat. Birtokos csak a zálogbirtokos, én nem. Hogy pedig mégis elbirtoklom a dolgot, az nem azt jelenti, hogy a dolgot birtoklom, én is, hanem megint csak egyik esete annak, hogy elbirtoklás jön létre birtok nélkül, birtokhatás van birtok nélkül, birtokjog birtok nélkül.

70. §. A birtokjog keletkezése.

Azok, kik a birtokot csak ténynek tekintik, arra az eredményre jutnak, hogy a birtokszerzés mindig birtokkeletkezés, azaz szerzése mindig originär acquisitio, mert *succedálni* csak jogba lehet, ténybe nem. Szerintük a birtok szerzése csak a birtokbavevő személyében fenforgó bizonyos ténymomentumoktól függ. Ezek a momentumok (*corpus* és *animus*) ugyanazok az összes birtokszerzéseknél, és e tekintetben nincs különbség *occupatio* és *traditio* közt. Mindkét esetben egyoldalú *apprehensio* (birtokbavétel) forog fenn, az egyik esetben az eddigi birtokos beleegyezésével, a másikban a nélkül. Igaz ugyan, úgy mondanak, hogy némely esetekben bizonyos eljárás a *traditio corpusához* elegendő, míg az *occupatioénál* nem, de ez csak véletlen, a *corpus* itt is ugyanaz, csak a behatás tényleges lehetősége van megkönnyítve, mert az eddigi birtokos akarata hatalmunknak útját nem állja.

Brinz volt az első, a ki a Savigny nyomán uralkodó e tant megátadta. Szerinte a római jog igenis ismert successiót a birtok terén, de csak akkor, ha a dolog átadása csupán birtok céljából történik és nincs összekötve valamely dologi jog átadásával. Brinznek ez a megszorítása azonban alaptalan. Tekintettel arra a fontos kérdésre, hogy az új birtokos traditio útján lett-e azzá, hogy tehát hasonlóan a jogok successiójához az előd birtokát folytatja-e, vagy önhatalmúan szerzi-e a birtokot és tekintettel arra a különbségre, a mely az occupatiohoz megkívántató corpus és a traditionál elégséges corpus közt fenforog, különösen Strohal (Succession in den Besitz) állította fel azt a tételt, hogy a successio a possessionál nemcsak lehető, hanem a római jogban positive meg is van. A kérdés, a mint Piniński (kit itt kivonatolunk) helyesen rámutat, az, vajjon a traditio possessionis esetén a birtokjog, melyet az új birtokos szerez, függ-e az átadó birtokjogától úgy tartalma, mint létele tekintetében. És itt mindjárt el kell ismerni, hogy az átvevő birtokjoga nem függ annyira elődje jogától, mint az az eset a rendes jogi utódlásoknál. De azért nem közömbös, vajjon egyoldalú volt-e a birtokbavétel, vagy hatályos átadáson alapul-e. Először: a puszta birtoknak keletkezése is gyakran feltételezi a dolognak tényleges átadását. Másodszor: a birtokbavevő (az apprehendáló) a jogi birtok szerzését attól teheti függővé, hogy az előbbi birtokos ebbe a szerzésbe tényleg beleegyezett-e? A szerzés feltétele tehát valóságos successio in possessionem lehet. Harmadszor az a körülmény, hogy a birtokot derivatív szerzésszerű módon nyertük, fontos lehet a birtok egyéb hatásainak tekintetében, így a causa possessionis tekintetében az usucapio szempontjából, az actio Publiciana. az accessio possessionis tekintetében.

A szakasz elején vázolt uralkodó tan minden tekintetben helytelen. Az apprehensio megkönnyítése nem véletlenül fordul elő a traditio eseteiben. A források tanúsága szerint ezek a megkönnyítések (személyes custodia állítása, kulcsátadás, birtokbavételi kijelentés a dolog jelenlétében stb.) csak a birtokátadásnál fordulnak elő, tehát csak itt lehetségesek, továbbá a megkönnyített traditionalis corpus csak oly lehetőséget ad a dologra való behatásra, mint az erősebb occupationalis corpus, tehát nem a behatás tényleges lehetősége van megkönnyítve, hanem maga a corpus. Azután az sem áll, hogy a birtokátvételnél csak az átadónak tényleges akarata, hogy t. i. nem akarja zavarni a birtokbavevőt. könnyíti meg a birtokbavételt, hanem áll az, hogy a jog erősebb biztosítékokkal ruházza fel azt, a ki a traditionalis nyilatkozat alapján jogosult birtokbavevőnek mutatkozik, mint az önhatalmú occupanst. És különben is függővé tenni az eddigi birtokosnak belső akaratától, hogy valamely eljárásunk birtokszerzéssel jár-e vagy sem, ugyanazok alá a kifogások alá esik, a melyekkel a possessio és detentio megkülönböztetésének a birtokos belső aka-

ratától való függővé tételét illetük. Az eddigi birtokosnak az a szándéka tehát, hogy a birtokbavevőnek útját nem fogja állani, nem elegendő, szükséges az ő akaratnyilvánítása, hogy a dolog birtokot át akarja adni és ez az akaratnyilvánítás, hogy jogi hatása legyen, elfogadásra szorul. Más szóval a megkönnyített corpus esetén a birtok átadása és átvétele ügyében szerződésnek kell létrejönnie, traditiónak. Ha ily szerződés nem jött létre, akkor a megkönnyített corpus nem elegendő a birtokszerzéshez, szükséges a közönséges occupationalis corpus. Egyes forráshelyek ezenkívül azt is bizonyítják, hogy a traditionalis birtokszerzés esetén a birtok szerzése oly jogi feltételektől van függővé téve, a melyek a successio in iusnak is előfeltételei. Ilyen feltételek:

1. Az átadónak magának is birtokosnak vagy a birtokostól felhatalmazottnak kell lennie, l. 33 Dig. h. t. (41. 2) szerint a vevő csak az esetben nyeri meg a vett telek birtokát, ha az eladó meghatalmazottja őt a telekre vezeti (neki átadja). Iustinianus (c. 12. l. 7. 32) egyenesen elrendeli, hogy az átadásra nem jogosult detentor traditiója birtokváltozást nem eredményez mindaddig, a míg az átvevő oldalán egy az occupatiohoz megkívántató corpus nem létesül.

2. A traditiót akarat- és rendelkezésképes személynek kell véghezvinnie. Argumentum l. 11 Dig. 41. 1.

3. A felek valóságos consensusának kell fenforognia (l. 34. pr. Dig. 41. 2).

Mindezek alapján a traditio esetében a birtokjog-szerzéshez a derivatio-szerzés összes előfeltételeinek meg kell lennie, ha a birtok-szerző oldalán az occupatiohoz nem elegendő corpus van csak meg. Így ingatlanoknál az ire in fundum, vagy a consensus in re praesenti, ingóknál az oly átadások, a hol az actusnak corpus-oldala kevésbé látható, tehát kulcsátadás, a dolog megjelölése stb. csak akkor szülnek birtokot, ha érvényes traditionalis szerződés előzi meg. Továbbá úgy ingatlanoknál, mint ingóknál traditionalis szerződésnek kell fenforognia, ha a birtokban való változás a detentio változása nélkül jön létre, így a constitum possessoriumnál és brevi manu traditióval. Mindez esetekben a birtokot valóban traditio által szerezzük, és ugyanígy állanak rá a traditióra vonatkozó szabályok, mint a hogy állanak a successio in ius-nál. Vagyis ez esetekben tényleg successio in possessionem-et kell elismernünk. De ezt csak egy megszorítással, t. i. azzal, hogy ha a derivatív birtokos a dologhoz oly helyzetbe kerül, hogy corpora az occupationalis birtokszerzéshez elegendő, akkor birtoka már nem fog függni a traditiótól, hanem fennáll tekintet nélkül az alapul fekvő szerződésre. Ha a pinczebort vevő az eladótól a pincze kulcsát kapta, akkor ő csak oly esetben birtokos, ha a kulcsot átadó is az volt, tehát valóságos successio; de ha ő a pinczébe már le is ment, a borokat pl. már a maga pinczéjébe hordatta, akkor már birtokos lesz, tekintet nélkül arra, hogy a kulcs átadója birtokos volt-e vagy sem. A successio

tehát csak ideig-óráig tart. Nem szabad továbbá a birtoknak succedálható voltát akkép felfogni, hogy a pusztá birtokjog át volna ruházható a birtok ténye, a corpus nélkül, ellenkezőleg a birtok traditiójánál ép úgy, mint occupatiójánál a birtokszerzés előfeltételei elvileg ugyanazok: corpus és animus, csupán az áll, hogy a traditio esetében a corpus meg van könnyítve, nem kell kézzelfoghatónak lennie.

~~A birtokjog~~ keletkezik, ha a birtok ténye létesül, ha t. i. az animust kifejező corpus létesül. Ezt a birtokbavételt általában *apprehensiónak* nevezzük. Ennek, mint láttuk, nem kell physikai behatásnak lennie, arra szabályokat felállítani nem lehet, hogy mikor van corpus jelen, azaz mikor mondható a dolog apprehendáltnak, ebben a forgalmi élet felfogása a döntő (l. §.).

Fontos ingóknak nevünkkel vagy jegyünkkel való megjelölése, mert láthatólag és tartósan kinyilvánítja birtoklási akaratunkat. Ha azonban a dolgok használhatóságának útjába physikai akadályok kerülnek, pl. a megjelölt hordók idegen, nekünk hozzáférhetetlen pinczében vannak elzárva, akkor a megjelölés nem a birtoklásnak a jele, hanem csak arra jó, hogy követelésünk tárgyát egyeditse. Az egyoldalú birtokszerzésnek, az occupationalis, tehát originaer szerzésnek láthatónak kell lennie. A vad állatoknak sem üldözése, sőt még megsebesítése sem elegendő ahhoz, hogy birtokunkba veteknek tekinthessük, hanem el kell fogunk, le kell teríteni őket.

A személynek pusztá térbeli közelsége még nem birtok, kell hozzá az animus. A birtokszerzés, az apprehensio tehát jogügylet. Ex lege, illetve ipso iure birtokszerzést a római jog nem ismer. Ilyen még az öröklésnél sincs, bár Cósack úgy vett, hogy az örökség elfogadása által ép úgy, a mint tulajdonosa, akként birtokosa is leszek az összes örökségi tárgyaknak. Ő tehát ott successio per universitatemet vesz fel. Ez helytelen. Az öröklésnél csak könnyített apprehensio van. Nem az örökséget mint egészet apprehendáljuk, hanem a tárgyakat, de még sem külön-külön, hisz az körülbelül lehetetlen is volna, hanem olyan helyzetbe kell a dolgokkal szemben helyezkednünk, hogy azok vagyunkba vontaknak legyenek tekintendők. Ilyen könnyített apprehensio van a peculium adásánál az emancipatio vagy a manumissio esetén is. Pininsky szerint csak az arrogatio általi szerzésnél van ipso iure birtokszerzés, tehát universalis szerzés.

A pusztá akaratnyilvánítás a birtokszerzéséhez római jog szerint nem elegendő, szükség van az akarat realis megvalósulására a corpusra is: adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, neque per se corpore. Nem birtokoljuk tehát a telkünkre esett, ott letett, nálunk felejtett dolgokat, az eddigi birtokos, a ki értük jön, elvitelükkel nem sérti birtokunkat. Sőt a római jog az idegen dolgok egyoldalú birtokba vételénél még azt is megkívánja, hogy azt az eddigi birtokost birtokából kimozdítsuk. Ha tehát a birtokos távollétében telkét occupálok, akkor a birtokot

csak akkor nyerem meg, ha az eddigi birtokos tettem tudomásul vétele után engem ki akar szorítani a birtokból és ez neki nem sikerül, vagy ha nem is próbálja meg. Itt említendő az ú. n. animo solo birtokszerzés. Ha t. i. valaki egy dolognak már birtalója, vagyis a corpus már megvan (pl. a depositariusnál), kérdés, mi által lehet ő birtokossá. Savigny a maga theoriájának megfelelően ezt pusztán animussal való szerzésnek nevezi, mi azonban a detentióban is elismervén az animust, ezt az elnevezést nem fogadhatjuk el. A mi a kérdés lényegét illeti, a detentor csak olyképp lehet birtokossá, ha ellentétbe helyezkedik a birtokossal pl. a dolgot ki nem adja, tehát az eddigi causa detentionist megszünteti és helyébe új causa, causa possessionis lép. A belső akaratváltozás nem elegendő (nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest). A detentiónak átváltozását birtokká az eddigi birtokos beleegyezésével (ú. n. brevi manu traditio) a birtokjog változásánál fogjuk tárgyalni.

71. §. A birtokjog változása.

A birtokjog ugyanolyan módokon változik, mint a tulajdon. Megváltozhatik tehát a tárgy és az alany szempontjából. Tárgy szempontjából: *accessio* tehát alluvio, avulsio stb. (l. a tulajdonjognál) által. Alany szempontjából a birtokjog változását épúgy mint a tulajdonnál *traditiónak* vagy a források megtoldásával *vacuae possessionis traditiónak* hívjuk. (A *vacua possessio* elnevezés annyit jelent, hogy a birtok tényét más meg nem zavarja, tehát *vacua* idegen behatástól. És a *traditio* a maga megkönnyített corpusával valóban csak ilyen állapotban levő birtokjogra vonatkozhatik.) A traditiónak mint az előbbi szakaszban láttuk, két egybehangzó akaratnyilvánítás szükséges: az eddigi birtokosnak birtokátadási, az újnak birtokátvételi akaratnyilvánítása. A traditio tehát szerződés. A birtokbavételi akaratnyilvánítás, az *apprehensio* ez esetben meg van könnyítve. Nem szabad ezt a traditiót kézzől kézre adásként felfognunk, az két egymással egybehangzó akaratnak a kellő nyilvánítása. A traditiónak az a felfogása, hogy az kézzől kézre adás, szülte azután azt a felfogást, hogy az, a hol ilyen szószoros értelmében vett átadás fenn nem forog, nem *traditio vera*, hanem *traditio non vera, ficta*, a melynek elismerése a jognak csak singularis szabályán nyugszik. Nem vették ugyanis észre, hogy az ilyen átadás esetén is az a gazdasági viszony jött létre, a mely a rendes forgalmi élet felfogása szerint a dolog használhatására, tehát birtokra mutat. Ezt a régibb írók félreismerték, és hogy a jognak ezt a singularitását megmagyarázzák, az ilyen *non vera* átadásban nem látták a valóságos birtokátruházást, hanem csak jelképes, *symbolicus átadást*. Ebből azután arra az eredményre jutottak, hogy birtokátmenetelről mindenkor szó van, ha a felek akaratára kétségtelen jelekből következtetni lehet, elegendő tehát bármi *symbolicus átadás* (a dolog

jelzése, kulcs vagy okiratátadás), a birtokhavétel nem is szükséges. Ez a felfogás helytelen, a mit először Savigny mutatott ki. A birtok *non tantum iuris, sed et facti est*, és másképp birtokátmenetelről nem lehet szó, csak ha a személy és dolog közti gazdasági viszony, a birtok is létrejön. A tisztán *symbolica traditio* egy pusztán *res iuris*, az átvevő nem nyer *corpust*, tehát birtokot sem, hanem csak birtokjogot, míg a *detentio* az eddigi birtokosnál marad, a jelképileg átadott zálog tehát római jogi szempontból nem zálog. A *ficta traditio*hoz hasonló a *constitutum possessorium*, a mely a *ficta traditio*tól csak abban különbözik, hogy itt a felek maguk akarják, hogy az eddigi birtokos birlaló maradjon. Ez voltaképen az egyedüli eset, a melynél tényleg nincs valóságos átadás, mert pusztán a jelkép átadása, mint láttuk, nem birtokátruházás. A *symbolica traditio* csak *fictio*, és elismerése voltaképp annyit jelent, hogy a birtok már a szerződés alapján átszáll a tényleges testi átruházás (*traditio*) nélkül. Ezt azonban a római jog nem vallja és *de lege ferenda* is veszedelmes. Ettől a pusztán *symbolicus* átadástól azonban meg kell különböztetnünk azt az átadást, a melynél csak látszólag nem történik a *corpus* átadása, valójában pedig az átvevő tényleg *apprehendál*, csak hogy a *corpus*nak nem kell oly kézzel foghatónak lennie. Különösen áll ez ingatlanok átadásánál. Ez magán az ingatlanon történhetik vagy a közelből, pl. egy szomszédos toronyból való rámutatással (ú. n. *longa manu traditio*). Igen gyakori volt azonban Rómában, hogy az elidegenítő a telektől távol a vételi vagy ajándékozási okiratban jelentette ki, hogy a telket a másiknak átengedi és átadja, a ki azután egyoldalúlag vette birtokba a telket. A rendes formula *in rem ire ingredi possidere. permisimus*. Maga ez az egyoldalú birtokbavétel azután megint különbözött volt. Zárt telkeknél pl. házaknál, gazdasági épületeknél az átvevő vagy képviselője bevonult, beköltözött a házba, már nyitott telkeknél, szántóföldeknél, rétnél elég volt az átadási nyilatkozatnak elfogadása, vagy a helyi, illetve az adóhatóságoknál való bejelentés (Dernburg). Szintén nem jelképes, hanem valóságos átadás oly helyiség kulcsának átadása, a hol eladott ingók vannak elraktározva. Papinianus (l. 74 D. 18. 1.) ugyan megkivánja, hogy a kulcsok *apud horrea traditae sint*, de egyéb forráshelyek (l. 1. §. 21. D. 41. 2.) tanúsítják, hogy a kulcsokat nem kell ép a raktár közelében átadni. A főt említett *longa manu traditio* (a mely valóságos és nem *ficta traditio*) nemcsak ingatlanoknál, hanem ingóknál is előfordulhat: 1000 téglát nem lehet kézről kézre átadni, itt nem is lehet más birtokszerzésről szó, mint *in conspectu rei*. Azzal, hogy mi a *traditio*t szerződésnek fogjuk fel, teljesen összhangban van az, hogy a birtokot feltétel vagy időhatározmány alatt is lehet átruházni. A gyermekek, bár az örültekhez hasonlóan személyes birtokszerzésre képtelenek, *traditio* útján mégis szerezhethetnek birtokot, holott egyoldalúan nem.

Az átadásnak két specialis faja és egymásnak épen az ellentéte: a *constitutum possessorium* és a *brevi manu traditio*.

A *constitutum possessorium* tényállása az, hogy a birtokos a maga birtokát másra ruházza át, de a birlalatot közös megegyezés alapján visszatartja. (*Constitutum* a római jogban szintén a szerződésnek, a közös megegyezésnek a neve, *constitutum possessorium* tehát a birtokra vonatkozó megegyezés.) Már Donellus, újabban Jhering rámutattak arra, hogy ehhez a *constitutum possessorium*-hoz két megelőző szerződés szükséges: az egyik tulajdon (és így birtok-) átruházást is célzó szerződés: vétel, ajándék stb. A. (az eddigi birtokos) és B. közt, a másik pedig a dolog használatának B.-ről A.-ra való átengedését szándékolja: bérlet, haszonbérlet, haszonélvezet (az ú. n. *deducto usufructu* tulajdonátruházás). Voltaképpen annak kell itt végbemenni, hogy A. a vétel vagy az ajándék-nak megfelelően a dolgot B.-nek átadja, ez viszont A.-nak visszaadja, de úgy, hogy a birtokos ő maradjon. Hogy az esztelen dupla átadást, a mely pl. házaknál mindkét fél be- és kiköltözésével, távollevő ingóknak idehozásával és ismét visszaküldésével járna, elkerüljék, a rómaiak azt a szabályt állították fel, hogy a birtokviszony minden külső actus nélkül nyeri kellő alakját: B. birtokossá, A. pedig a B. nevében birlalóvá lesz. Celsus (l. 18. pr. Dig. 41. 2.) ezt akkép próbálja megconstruálni és technikailag igazolni, hogy A. mint a B. képviselője, birtokba veszi az eddig általa birtokolt dolgot, és így mint képviselő lesz a B. detentorává. Ez helytelen. Az eljárás megkönnyítésének igazi oka nem az, hogy A. a B. képviselője, hanem pusztán a practicus szempont. Ezzel szemben egy másik nézet nem kívánja meg a fenti kettős szerződéses alapot, hanem ahhoz, hogy a birtok A.-ról B.-re átszálljon, Celsus alapján elegendőnek tartja az *animus alieno nomine detinendit*, mondván, hogy az eladó, az ajándékozó miért ne lehetne a birtokba-vevő képviselője önmagával szemben, ha másokkal szemben az lehet? De, ha ez igaz volna, akkor miért nem ismeri el a római jog a *donatio omnium bonorum*, egy vagyontömeg ajándékozása esetén a *constitutum possessorium*ot, holott a *societas omnium bonorum* (az egész vagyonra kiterjedő társasági szerződésnél) elismeri. Nem ismeri el, mert nem fekszik alapul a practicus cél, a két átadás megkönnyítése. Az önmagával szemben való képviselet bár logikus elméletének elfogadása ellenmondásban volna a római jog egy fontos elvével, hogy t. i. *dominia* (s így *possessiones* is) *rerum traditionibus non nudis pactio transferuntur*. Ez alapon Jhering (*Besitzwille*) arra az eredményre jut, hogy a *constitutum possessorium* csakis a kettős szerződés alapján engedhető meg, a melyek közül is a második szerződésnek az eddigi birtokos érdekében kell megkötöttnek lennie. És tényleg a római jog a *constitutum possessorium*ra csak három esetet sorol fel, t. i. az eladó a dolgot bérletben, haszonbérletben vagy haszonélvezetben tartja

vissza. A vevő érdekében való visszamaradását a dolognak az eladónál, tehát az eddigi birtokosnál csak egy esetben volna szabad megengedni, (így Jhering), t. i. értékpapírok vételénél a bankárnál megbeszélte depositumban hagyással.

A constitutum possessorium a magánjognak igen veszedelmes intézménye. Rendkívül practikus előnyökkel jár, de igen alkalmas visszaélésekre. Akárhányszor megtörténik, hogy az igen eladósodott kereskedő pl. összes ingóját, ingatlanát átruházza X.-re, és dolgait most már X. nevében birlalja, egy szóval constitutum possessorium segélyével megvonja a hitelezők elől a kielégítési alapot. Ezért újabban a constitutum possessoriumnak ellenfelei támadtak, a kik előnyösebbnek tartanak a tényleges átadás szükségének kimondását. Ezzel azonban nem nyernek semmit. Ha A. át is adja B.-nek a maga dolgait, még pedig tanúk előtt, B. ismét visszaadhatja őket A.-nak detentióba és a hitelezők megint csak ki volnának játszva.

A constitutum possessoriumnak épen ellentéte a *brevi manu traditio*. Mig ott a possessorból detentor lesz, addig ez utóbbinál a detentor lesz possessorrá. Ez is az ú. n. animo solo való birtokszerzéshez tartozik, értve az animo solo alatt nem az animus megszerzését a már meglevő corpushoz, hiszen mi a detentiónál is felvettük a teljes corpust és animust, hanem birtokbavételt új corpus nélkül. A helyett, hogy pl. az eddigi letéteményes, haszonkölcsönbe vevő, bérlő stb., tehát a birlaló a dolgot a birtokosnak visszaadja és ez ismét neki birtokba visszaadja, a birlaló a dolgot megtartja, még pedig traditionális szerződés alapján, most már mint birtokos. A tényleges átadás csak azért esik el, mert már előbb, a birtokátruházó szerződést, a traditiót megelőzőleg ment végbe. A birtok ez esetben azonban csak akkor fog átszállni, ha a brevi manu traditiót végbevívó maga is birtokos volt és ha a traditionalis szerződés érvényesen jött létre, szóval valóságos successio.

A brevi manu traditióval rokon a feltételes traditio alapján való birtokbavétel. A suspensiv feltétel beálltával az eddigi birlaló birtokossá lesz a nélkül, hogy új corpusszerzésre apprehensióra lett volna szüksége, tehát szintén helytelenül ú. n. solo animo acquisitio possessionis.

72. §. A birtokjog megszűnése.

A birtokjog rendesen elvész, a birtok tényének megszűnésével (a kivételeket a birtok védelménél fogjuk tárgyalni). A birtok ténye persze a corpus vagy animus elvesztével szűnik meg, mert ha csak az egyik is vész el, akkor a másik is elveszett, mert corpus nélkül nincs animus, animus corpus nélkül. Corpore mondjuk a birtokot elveszettnek, ha a gazdasági használhatási helyzet állandóan megszűnik. Időleges megszakadása a rendes térbeli közelségnek nem szünteti meg a birtokot, a könyvnek a kertben feledése, a gyűrűnek a kútba esése, az elfogott vadállat kiszabadulása, a dolognak

elveszése nem szünteti meg a birtokot, ha a dolog (a könyv, a vad-állat, a gyűrű stb.) visszaszerzése még remélhető. Ha ellenben a dolog és személy közti használhatási viszony végleg megszakad, akkor a birtok is elveszett. Hogy ez mikor forog fenn, arra nem állíthatók fel szabályok, hanem ismét az élet felfogása a mérvadó. Ha szelid állat eltéved, a birtok nem szűnik meg, de ha végleg elmarad vagy elvadul, megszűnik. Ha valaki a könyvemet olvasás céljából tudtom nélkül elviszi, de azzal a szándékkal, hogy elolvasás után visszahozza, akkor birtokom megmarad, ha a dolgomat ellopják, megszűnik. A római jog szerint, ha telkemet nem mivelem, elhanyagolom, elvesztem a birtokát, a nélkül, hogy egy harmadik azt tőlem megvonta volna. A mit a birtoknak animo való megszűnésének neveznek a pandektisták, az voltaképen a birtoknak szándékos elvesztése, tehát jogügylet útján való elvesztése. Nem az animus vész itt el a corpus hátramaradásával, hanem elvesz a corpus is, de nem ex lege, mint a fenti esetekben, hanem ex negotio, a mely lehet vagy egyoldalú, ú. n. derelictio, vagy kétoldalú, tehát elidegenítő hatású: traditio. Az utóbbi persze nem jogszüntető, hanem jogváltoztató tény, tehát ott tárgyalandó. A traditiót különben animo et corpore való birtok-elvesztésnek szokták nevezni. Ha az animus különálló elem volna és tehát elvesztése még a corpus visszamaradása esetén is megszüntetné a birtokot, elvesztené a birtokot az is, a ki elfelejtette, hogy a dolog birtokában van, vagy elvesztené a birtokot az örült, hisz animusa birtoklási akarata már nincs meg. De ezek nem vesztik el a birtokot, mert a corpus még megvan, vagy legalább is contrarius actussal még nem szűnt meg és ők jogügylettel vagyis arra irányuló akaratnyilvánítással sem mondtak le róla (az örült persze ezt nem is teheti).

Megszűnik a birtokjog a birtokos halálával. Az örökös új apprehensióra szorul. Erről már szözlöttünk. Mindazonáltal az elhunyt elbirtoklása tovább folyik (l. az elbirtoklásnál). A dolognak forgalmon kívülé való válása (pl. temetőhelylyé, locus religiosussá lesz) is megszünteti a birtokjogot.

Mint fentebb láttuk, a római jog különös szabályt állít fel az ingatlanok birtokának megszűnésére vonatkozólag. Ha a telek birtokosa a telket egy időre elhagyja képviselő hátrahagyása nélkül (a források helytelenül solo animo possidereről szólnak ilyenkor), és valaki az ő távollétében vagy az ő tudta nélkül (clam) a telket occupálja, az eddigi birtokos marad továbbá is birtokos, ha az occupanst a telekről el tudja űzni (neki mint birtokosnak önvédelmi joga van). Ha, bár az occupatióról tudomást szerzett, még sem kíséri az elűzést, vagy kísérlete nem sikerül, elveszti birtokát. Az uralkodó tan szerint ez a szabály csak a császári időben állíttatott fel, holott azelőtt a távollevő birtokos birtokát rögtön elveszítette és csak újból követelhetette az *interdictum de clandestina possessione*-vel. Baron ez interdictum létezését tagadja és e szabályt már a köztár-

saság idejében fennállottnak mondja. Justinianus különben megadta a távollevő birtokosnak az *interdictum unde vit* az occupatióról nyert tudomás vétele után rögtön megindíthatólag.

Külön tárgyalandó az oly birtokjognak a megszűnése, a melynél a detentio másnál van. A kérdés tehát az, hogy mikor veszti el a birtokos a maga birtokjogát az esetben, ha a dolog pl. a bérlőnél van. Ily esetekben a birtokos elveszti a birtokjogot, ha birtokvesztő jogügyletet visz véghez, ha meghal, ha a dolog elpusztul. Ha a detentor elveszti a detentiót, a birtokos csak akkor veszti el a birtokjogot, ha megszűnik a dolog használhatásának helyzete, de megmarad birtokjoga, ha detentora pl. bérlője meghal vagy megőrül. Elveszti továbbá a birtokjogot, ha a detentor egy contrarius actussal magát birtokossá teszi. Ha a birtokos távollétében a telket valaki occupálja, a birtokos csak akkor veszti el birtokjogát, ha a birtokos nem próbálta vagy nem tudta az occupálót elmozdítani. Ha azonban a birtokos az occupanssal összejátszott, akkor az occupans csak akkor nyer birtokjogot, illetve a possessor csak akkor veszti el a magáét, ha értesülve az esetről, elmulasztja vagy nem tudja az occupanst a telekről eltávolítani.

73. §. Képviselet a birtokügyleteknél.

A képviselet története a birtokügyleteknél ugyanaz, mint a jog más terén. A legrégebb a szükségszerű képviselet (a mi nem képviselet), a pater familias megszerezte a filius familias vagy a rabszolga szerezte birtokjogot. A felszabadításokkal kapcsolatban kifejlődött a szabad emberek útján való képviselet is, de csak a császárság idejében, még pedig először csak titkos képviselet formájában (l. 80. o.), és csak legkésőbb mint valódi képviselet. Mint láttuk, még a justinianusi jogban is elvileg csak a birtokjogszerzés és -vesztésnél és a vele kapcsolatos egyéb ügyleteknél volt megengedve a képviselet. Ez t. i. abban áll, hogy a képviselő a birtokot rögtön a képviseltnek szerzi meg, sőt ezt gyakran még akkor is, ha pl. az átadóval szemben nem is gerálja magát képviselőnek. Az üzleti segéd ily módon szerzi urának a birtokot. Természetesen lényeges feltétel a képviselési akarat, hogy t. i. urát képviselni akarja, a képviseltnek akarja a birtokot szerezni. Ez az akarat a segédnél fenforgónak vétetik, míg az ellenkezőt ki nem jelenti. Kell továbbá képviseltetési akarat, hogy t. i. a képviselt akarja azt, hogy a képviselő ügyletéből ő szerezzék a birtokot. Ennek az akaratnak nyilvánítása megelőzheti az ügyletet, mint felhatalmazás, követheti mint jóváhagyás. Elegendő generalis akarat is. Ha pl. a képviselőt a vagyon vagy az üzlet kezelésével bizom meg, ezzel felhatalmazom bármely a kezeléssel kapcsolatos birtokszerzésre. Az így felhatalmazott képviselő megszerzi a képviseltnek a birtokot még akkor is, ha ez utóbbi a birtokszerzési actus megtörténtéről

nem is tud (possessio per procuratorem etiam ignorantem acquiritur). A birtoklásban való képviselet olyatén felfogása, hogy a detentor képviselő, helytelen. Annyi igaz, hogy a képviselő a szerzett dolognak tényleg csak detentora (a titkos képviselő possessor), de nem minden detentor képviselő. Ez az animus alieno nomine detinendi helytelen tanával függ össze. Helytelen továbbá beszélni arról, hogy az animusban nincs megengedve a képviselet, corpusban igen. A képviselet nem az az animusban vagy corpusban van, hanem a birtokszerzési jogügyletben. Corpus és animusnak a képviselő személyében kell megvalósulnia, és csak a hatás az, a mely a képviselt személyében beáll.

Képviselet útján nemcsak szerezhethetnek birtokjogot, hanem alanyilag változtathatjuk is és meg is szüntethetjük.

74. §. A birtokjog védelme.

A birtoknak fontossága a jog különböző részeiben mutatkozik. Alapja, feltétele számos jognak, másoknál meg a jogosultság tartalma. Ez az utóbbi szerepe a ius possidendi. A tulajdonosnak, publicianus tulajdonosnak, az emphyteutának, superficiariusnak, kézi záloghitelezőnek joga van birtokolni. Ettől a birtoklási jogosultságtól, az *ius possidentitől* meg kell különböztetnünk a birtokjogot, a *ius possessionist*. A birtokos, mint olyan részesül jogi védelemben, alanyi joga van. Megvédetik minden birtokába való behatástól, akár birtokát zavaró, akár birtokától őt megfosztó ez a behatás. Megvédetik pedig mindaddig, míg valaki vele szemben a maga ius possidentijét be nem bizonyítja. *A birtokvédelem, a ius possessionis tehát a birtokos igénye a birtokállapot megtartására, a míg valaki nem akad, a ki ius possidendije bizonyításával ki nem szorítja.* A birtok védelmének különös formája a római jogban egy a praetor által az egyik fél kérelmére a másikhoz kibocsátott parancs, *interdictum*, volt, a mely a másik felet csak akkor kötelezte, ha a hozzáfűzött előfeltételek (hogy t. i. felperes birtokos) tényleg fenforogtak. Hogy fenforognak-e vagy sem, a praetor a parancs kibocsátásánál nem kutatta, hanem későbbi a bíróság által folytatott vizsgálatnak a dolga volt, a melyre azonban csak akkor került a sor, ha a parancs nem teljesített. A parancs tehát nem volt feltétlen, hanem az előfeltételek fenforgásától feltételezett. Párdarabja ennek mai eljárásunkban a feltételes fizetési meghagyás. Ezzel a formával a praetor más esetekben is élt, de főleg a birtoknál. Ezek az ú. n. *interdicta possessionis*. Hogy alperes a parancsnak rögtön a további bírói eljárás megindítása nélkül eleget tegyen, az esetleges további eljárásban való legyőzötése esetére érzékeny büntetések helyeztetek neki kilátásba és valószínű volt, hogy az alperes a parancsnak, ha felperes igénye vitatható nem volt, eleget is tett, és a további eljárásra csak akkor került a sor, ha a birtokviszony kétséges volt. Ez eset-

ben, ha felperes lett pervesztessé, őt érték a fent említett érzékeny büntetések. Könnyelmű támasztása vagy tagadása a birtokigénynek ilyenképen igen drága multság volt. Az eljárás voltaképen az volt, hogy ha valaki birtokomat zavarta, akár mint detentor, akár mint vitiosus possessor, önhatalmúlag visszaszerezhettem tőle a birtokot, de nem fegyveresen (*vis armata*, ellentétben a *vis simplex* vagy *quotidiana*-hoz.) Ha ellenállásra találtam, hatósági felhatalmazást kértem, a mit egy possessorikus interdictummal meg is nyertem, a melyeknek alapgondolata az volt, hogy az igazi birtokosnak joga van az önsegélyre, és azért azt a hatósági tilalmat tartalmazták, hogy ez önsegélynek a másik ellene ne szegüljön (*vim fieri veto* u. n. *clausula vitiositatis*). A birtokvédelem tehát nem az önsegély alkalmazása ellen irányuló, hanem azt támogató intézmény volt. Ez megfelel a régi római felfogásnak, hogy a jogosult csak akkor fordult a birói úthoz, ha önsegélye ellenszegülésre talált, a mely esetben azután a jogosulatlan ellenszegülőt büntetés érte. Eltekintve néhány esettől, mely absolut kétséges volta miatt birói megállapítást igényelt (*legis actio per iudicis postulationem*), a római ember a maga igazát önsegély útján tartotta megvalósítandónak. Kétségtelenül mutatja ezt, hogy a régi per három legfontosabb eljárásánál az önsegély actusának a törvény által előirt sollemnis formában való véghezvitele a birói eljárásnak előfeltétele volt (*legis actio per vindicationem* (*sacramento in rem*), *per manus iniunctionem*, *per pignoris capionem*).

A birtokjog védelmére tehát először is az önsegély szolgált, de míg a detentornak csak önvédelme volt, addig a birtokosnak önhatalma is, nemcsak meglévő birtokát védhette, hanem tényleg elveszett birtokát is visszaszerezhette. A detentor mindenkivel szemben, a vitiosus possessor a iustus possessorral szemben birtoka elvesztése után védtelen volt. Ha az önsegély nem segített, a birtokos a praetortól interdictumot kapott, az önsegélynek hivatalos sanctióját, megtiltását az önsegélylyel szemben való ellenszegülésnek. Ez a voltaképeni birtokvédelem, a birtokper, a melyben csakis a birtokról volt szó, a jogkérdés (a *ius possidendi*) teljes kizárásával. A peres felek egyike sem hivatkozhatik jogára, nem tartozik azt bizonyítani, sőt nem is bizonyíthatja. Alperes nem védekezik azzal, hogy ő tulajdonos, joga van a birtoklatra, vagy obligatorius igénye van rá (ú. n. *petitorius kifogások*) és felperes birtoka bizonyítékainak hiányát nem pótolhatja, nem támogathatja joga bizonyításával. Ilyen, de csakis ilyen értelemben áll az a római jogi szabály, hogy *nil commune habet dominium cum possessione*. Ez alapelv szigorú keresztülvitelen alapszik a possessorium és petitorium megkülönböztetésére. Az előbbiben csak a birtok kérdéséről van szó, a petitoriumban a jogkérdésről és így érthető, hogy a possessoriumban történt döntés nem praeiudical a petitoriumnak, a ki a possessoriumban vesztes, az a petitoriumban győztes lehet.

(váltó- és köztörvényi per). A possessorium csak provisorikus döntés. Possessorium és petitorium egy perbe nem is egyesíthető, nem cumulálható.

A római birtokkeresetek háromfélék: *interdicta retinendae, recuperandae a adipiscendae possessionis*. Az *interdicta retinendae possessionis* a fennálló birtoknak megtartását célozzák. Ilyenek az *int. uti possidetis* ingatlanok birtokának védelmére, az *interdictum utrubi* ingókéra. A középkor óta ezeket a védelmi eszközöket possessorium ordinariumnak hívják, melléjük lépet ugyanekkor a possessorium summariissimum. Az *interdicta recuperandae possessionis* célja a már elveszett birtok visszaszerzése. Rómában ilyen volt az *i. unde vi*. Ennek helyébe a kánonjog befolyása alatt az *actio spoli* lépett. Az *i. recuperandae possessionis* közé szokás az *i. de precario*t is számítani. Ez helytelen. Az *i. de precario* nem birtokinterdictum, mert ellene alperes tulajdonosi kifogást (*exceptio domini*) emelhet, a mi a birtokinterdictum természetével össze nem fér. Igen különfélék az *interdicta adipiscendae possessionis*, a melyek a birtok megszerzésére irányulnak. Ilyen interdictuma van pl. az örökösnek az örökségi dolgok megszerzésére, *i. quorum bonorum*, ugyancsak neki van ilyen *i.*-a a legatarius ellen, ki a hagyományozott dolgot önhatalmúlag birtokba vette, *i. quod legatorium*. Ilyen az *i. Salvianum*, a melylyel a bérbeadó a bérlőnek a bérlett jószágra hozott dolgainak birtokát megszerezheti, ha ez a bérrel tartozik. Savigny szerint ezek nem possessorius *i.*-ok, mert alapjuk nem birtok, felperes nem birtoka alapján perel.

Interdicta retinendae possessionis. Az *interdictum uti possidetis*, az ingatlanokra szóló védelem, az ez időszerinti, az *interdictum* kibocsátásakor fennálló birtokot védte, az *i. utrubi*, az ingókra vonatkozó *interdictum* a peres felek közt azt védte, a ki az utolsó évben hosszabb ideig birtokolta a dolgot. Szemmel látható, hogy ez az utóbbi *interdictum* nemcsak megtartó (*retinendae p.*), hanem visszaszerző (*recuperatorius*) hatású is. Bár ez idő szerint nem birtokolok, mégis megindíthatom és meg is nyerem a pert, ha az utolsó évben hosszabb ideig birtokoltam a dolgot, mint a jelenlegi birtokos. Ha pedig ő indítja ellenem birtokháborítás czimén az *i. utrubi*t, bár ő felperes, ő fog elmarasztaltatni és a birtokot én nyerem. Szóval ez az *interdictum iudicium duplex*, a melyben nemcsak alperes, hanem felperes is elmarasztalható. Mindkét *interdictum*nak, úgy az *utrubi*, mint az *uti possidetis*nek közös sajátsága az, hogy ellene az *exceptio vitiosae possessionis* emelhető, t. i. az a kifogás, hogy bár felperes birtokos (ingatlanoknál: most, ingóknál: az elmúlt évben hosszab ideig), de birtokát tőlem *vi* (erőszakkal), *clam* (alattomban) vagy *precario* (hogy nem adta vissza a neki bármikor visszavonhatólag átengedett dolgot) szerezte és ez esetben felperes visszautasított keresetével és alperes nyerte a birtokot. Ha tehát a birtokos velem szemben *vitiosus possessor*, nemcsak az

i. utrubi, hanem az i. uti possidetis is duplex iudicium és recuperatorius hatású. Hogy tehát ezeket az interdictumokat retinendae possessionisnak nevezzük, nem egészen szabatos. Az interdicta retinendae possessionis egy fontos alkalmazás volt az, hogy a tulajdonpert rendszeren megelőzték. A tulajdoni perben ugyanis igen fontos kérdés volt, hogy ki a birtokos, mert ő volt a perben az alperes. Ezért a pert megelőzőleg birtokperrel döntötték el a birtok kérdését. Ha a birtokperben mindkét fél birtokosnak mondja magát, akkor a per tartamára az nyerte a birtokot, a ki az e célból megtartott árverésnél — fructuum licitatio — pervesztessége esetére nagyobb összeget ígért (fructuum stipulatio). Pervesztessége esetére nemcsak ezt az összeget kellett megfizetnie, hanem a dolgot a gyümölcsökkel együtt is kiadnia, a mire a iudicium Cascellianum vagy secutorium irányult. Iustinianusnál már i. utrubi és uti possidetis között nincs különbség; mindkettő az i. uti possidetis szabályait követi. Ez az egységes i. uti possidetis a középkorban possessorium ordinarium nevet nyer. Indíthatja az, a ki bizonyítja, hogy jelenleg ő a birtokos és az alperes az ő birtokát szóval vagy tettel zavarta, tagadta. A bírónak a perben okvetetlenül el kell döntenie, hogy ki a birtokos, nem elegendő tehát felperes esetleges elutasítása, hanem egyiküknek a birtokot oda kell itélni, tehát duplex per. Felperesnek a birtokát nem kell ugyan úgy bizonyítania, mint a hogy pl. jogát kellene bizonyítania, t. i. a megszerzés kimutatásával, hanem csak a jelenlegi állapotára kell hivatkozni, mégis gyakran vissza kell mennie a multa, hogy a jelenlegi állapotot bizonyíthassa. Hogy egy távol fekvő erdő jelenlegi birtokát bizonyítsam, ki kell mutatnom, hogy a múlt évben ott fát vágtam, vadásztam. Bár nem mindig igaz, de gyakran áll, hogy olim possessor, hodie possessor. Ha pl. én is, alperes is használ egy halas tót, kérdés, ki a birtokos, ki a birtokháborító? A praxis a régebbi birtokost tekintette birtokosnak, tehát a birtokszerzést, a titulust tekintetbe vette. A birtokpernek egyik szüksége volt ennél fogva, hogy interimistikus birtokot adjon az egyiknek vagy másiknak addig is, míg a per eldől. Ez történt az ú. n. summariumban, summariissimumban, a mely tehát a birtokkérdésben provisorikusan dönt, még pedig úgy, hogy a legújabb hibátlan birtoklási cselekmény a mérvadó. A summariissimum tehát portio interdicti uti possidetis (az ordinariumnak). Később a summariissimum már önálló perre lett, melyet perjogi szempontból gyorsasága, materialis szempontból pedig az jellemzett, hogy duplex és a legújabb nyugodt birtokláson alapuló provisorikus döntés. Ha egyik fél sem tudja nyugodt birtokát bizonyítani, a pertárgy sequestratióba jut. A summariumot a detentor is megindíthatja.

Az interd. uti possidetis célja: a birtok birói elismerése (tehát recuperatorius is lehet), további háborítás megtiltása, büntetés terhe mellett, esetleg biztosítékkadás. Kártérítés a birtokháborításért,

de csak akkor, ha a háborítót vétkesség terheli. A kártérítésre irányuló igény egy év alatt elévül, ha a háborító gazdagodott, csak 30 év alatt.

Interdicta recuperandae p. Láttuk, hogy az i. utrubi recuperatorius hatású, sőt vitiosa possessio esetén az i. uti possidetis is az. Ha azonban az ingatlan birtokost személye ellen alkalmazott erőszakkal (vis atrox) fosztottak meg birtokától, az a szigorubb unde vi i.-ot, fegyveres erőszak esetén, i. de vi armatat indíthatta. Justinianus a kettőt egyesítette i. de vi név alatt. Felperes az, a ki személyes erőszak folytán veszítette el ingatlana birtokát, alperes a deiiciens, még ha ez idő szerint ő nem is birtokos. Alperes az exceptio vitiosae possessionist nem emelheti, ~~nem~~ hivatkozhatik arra, hogy felperes előzőleg tőle szerezte vi, clam vagy precario a birtokot. Célja a pernek visszahelyezés, restitutio, az ingatlannak cum omni causa (gyümölcsök, accessio stb.) visszaadása és kártérítés. Elévül egy év alatt, a gazdagodás erejéig csak 30 év alatt. Justinianus nemcsak deictio esetén adott helyt az i. de vi-nek, hanem akkor is, ha a birtokos távollétében vagy akarata ellenére helyezkedett valaki a telek birtokába. (Ilyenkor az i. de vi-t némelyek actio momenti vagy momentariae possessionisnak nevezik.) Ha a deiciálás másnak érdekében annak megbízása nélkül történt, a képviselt csak azért felel, a mit hozzá jutott, ha az ő biztatására történt, ő tekintetik deiiciensnek. Ha a deiciálás alkalmával a birtokából kiszorítottak egyes ingói is elvesztek és azokat egyenként megjelölni nem tudja, akkor Zeno császár egyik constitutiója szerint a bíró átlagos becslésén mint maximalis összegen belül, érdekének nagyságára esküt tehet (iuramentum Zenonianum).

Recuperatorius hatású a ~~condictio possessionis~~ is, a melyet az ellen indíthatunk, a ki jogalap ~~nélkül nyert tőlünk~~ birtokot. Ez azonban nem possessorius kereset, mert alperes vele szemben jogára, tulajdonjogára hivatkozhatik.

A középkori praxis a kánonjog hatása alatt a recuperatorius birtokvédelmet nagyon kiterjesztette. Így a kánonjog szerint (caput saepe) az int. de vi nemcsak a deiiciens és örökösei (kik azonban a gazdagodásért is csak egy évig felelnek) ellen indítható, hanem az ingatlan minden birtokosa ellen, a ki a deiciálásról tudva szerezte meg a birtokot, mert ő is hasznót húzott a deiciálásból (fautor delicti). A másik kiterjesztés pedig az ú. n. actio spoli. Az álizidori gyűjteményből Gratian gyűjteményébe átvett canon redintegranda ugyanis azt az intézkedést tartalmazta, hogy a spoliált, kiűzött püspök addig nem köteles az ellene emelt vádak czáfolatába bocsátkozni, míg az egyház őt vissza nem helyezte. Ebből fejlődött ki az a praxis, hogy a birtokukból spoliáltaknak semmiféle keresetre sem kellett reagálniuk, míg vissza nem helyeztettek. Ez az exceptio spoli tehát közvetett eszköze a recuperatio possessionisnak. Csakhamar nemcsak exceptiót, hanem keresetet is kaptak ú. n.

condictio ex canone-t, a melyet a XVII. század óta *actio spoli*inek neveznek. Savigny óta ez az intézmény számos támadásban részesült. Ez actiónak sajátosságai nemcsak a birtokos emelheti, hanem a birlaló (bérlő, haszonbérlő, retentióra jogosult) is. Ma tehát a birlaló a föntebb említetteken kívül (§.) új védelmet nyert. Az *actio spoli* nemcsak ingatlanokra, hanem ingókra is indítható. Személy ellen alkalmazott erőszak nem lényeges előfeltétele, elég a birtokosnak akarata ellen történt jogtalan megfősztsa a birtoktól. A kereset a spoliants, örökősei és azon birtokosok ellen irányul, a kik a spoliiumról tudva szerezték meg a birtokot: Alperes jogos birtokával védekezhetik. A kereset csak 30 év. alatt évül el.

75. §. A birtokvédelem oka. (Birtokelméletek.)

A birtokos jogi védelemben részesül, de nemcsak a jogszerű, hanem iniustus possessor is, még a rabló és tolvaj is védetik. A jog tehát egyik kezével védi azt, a kit a másikkal sújt, büntet. Ez az ellenmondás magyarázatra szorul. Ez oka, hogy míg pl. a kötelelem védelmének okát alig kutatják, a birtokvédelem oka körül oly vita indult meg, a mely a római jog legtermékenyebb monographikus irodalmát teremtette meg. Jhering, a maga remek „Grund des Besitzschutzes“ című művében ezeket az elméleteket a büntetőjogi elméletek mintájára két csoportba osztotta: absolut és relativ theoriákba. Az absolutak a birtokvédelem okát magában a birtokban találják, a relativok a birtokon kívül keresik, általános természetű intézményekben, jogelvekben. Védelme tehát véletlen, más tekintetekből származhatott.

A *relativ theoriák* sorozatát Savigny („Recht des Besitzes“), a birtokjognak Jhering előtt legkiválóbb művelője nyitja meg. Szerinte a birtok nem lévén jogviszony, sértése magában nem jogsértés, csak ha más jogszabályt is sért. Ilyen sértés az erőszakos birtokháborítás, a birtokvédelem oka tehát az erőszak tilalmának megsértése. (Rudorff ettől némileg eltérően a közrend háborítása elleni védelemben látja a birtokvédelem okát.) Savigny szerint tehát minden birtok-interdictum delikt kereset. Ez a nézet teljesen téves, mert: 1. a római magánjog delikt keresetei mellett (*actio iniuriarum*, *interdictum quod vi aut clam*) az *interdictum*okra semmiféle szükség sem lett volna; 2. nem nyertek *interdictum*okat azok, a kiknek a delikt keresetek természetéből kiindulólág illet nyerniök kellett volna, mert hiszen a detentor birtokának megsértése époly erőszak, mint a possessoré, de azért a detentor még sem nyert birtokvédelmet; 3. ezzel szemben nyertek *interdictum*ot olyanok, a kiknek a delikt kereset természetének megfelelően nyerniök nem kellett volna, így az iniustus és *malae fidei possessor*, pedig az igazi delict kereseteket pl. az *actio furtit*, *actio legis Aquiliae* a

tolvaj és rabló nem kapta meg; 4. az *interdictum de vi* kivételével egy *interdictum*-ban sem található fenn a deliktum-természet.

Thibaut elmélete, hogy a birtok védelmének alapja az, hogy senki sem győzhet le jogilag mást, ha csak előjogának túlnyomó alapja nincsen. De ha a birtok *Thibaut* szerint pusztán tény, mi szükség az előjogra, hogy megszűnjön, azután meg a bérlőnek csak erősebb előjoga van, mint az őt deiciáló harmadiknak és még sincs *interdictuma*.

Röder szerint a feddhetetlenség előjogánál fogva védetik a birtokos, míg az ellenkezője be nem bizonyul, a birtokosnak, ki valamely jogot birhat, joga is van. De hát akkor mért nincs helye a birtokperben a jogkérdésnek?

Savigny előtt a *tulajdon valószínűségében*, abban a *praesumptio*-ban látták a birtokvédelem alapját, hogy a birtokos tulajdonosnak vélelmezetik. De hát mért akarja a római jog a birtokost tulajdonosnak vélelmezni? Erre a kérdésre ez az elmélet adós marad a felelettel.

Gans szerint a birtokban a kezdődő (elbirtokló félben levő) tulajdon védetik. De hát akkor mért védetik a *malae fidei possessor* is, a ki pedig sohasem fogja a dolgot elbirtokolni?

Az *absolut* teoriák közül először is az ú. n. *akaratelmélet* (*Gans*, *Puchta*, *Bruns*: „*Recht des Besitzes im Mittelalter*“) említendő, a mely szerint a birtok azért védendő, mert nem egyéb, mint az akaratnak tényleges megvalósulása. De ha az akaratnak sérthetetlensége és *absolut* szabadsága az egész birtoktannak mozgató eleme, mért mozdíthatja el a birtokos a *vitiosus possessor*t és *detentor*t vis *quotidianaval* a birtokból? Mit jelentenek akkor azok a birtokkeresetek, a melyek a birtoknak csak megállapítására vonatkoznak és így semmi akarat-sértéssel nem járnak? Ha az akarat védetik, mért nem védetik akkor is, ha nem mint birtok nyilvánul? A vadat üldöző vadász mért nem védetik a vad lelövője és elvivője ellen? Mért nincs birtok, birtokképtelen dolgok és személyek (*filius familiás*) esetén.

A másik *absolut* theoria a *Stahl*-é, a mely szerint a birtok a tulajdonhoz hasonló a vagyon általános rendeltetésének szolgálat, hogy t. i. a dolgok a rajtuk gyakorolt szabad hatalom folytán az emberi szükséglet kielégítésére valók, a birtokot az állam tehát azért védi, hogy a dolgok tényleges állapotát conserválja. Ebből az az egy igaz, hogy a birtok a birtoklónak gazdasági érdeke, de ez még nem elegendő, hogy ebből a birtok védelmet kimagyarázzuk. Ha a tényleges állapot conserválása a birtokvédelem célja és oka, akkor mért nem védi a *detentor*t, hisz az is tényleges állapot?

Mindezekkel szemben már most *Jhering* állította fel a maga *relativ* elméletét. Szerinte a *birtokvédelem megkönnyített tulajdoni védelem*. A tulajdon a maga normalis alakjában a birtok, a birtok

a tulajdonnak ténylegessége, láthatósága. Statistikailag ez a ténylegesség az esetek túlnyomó számában összeesik az igazi tulajdonnal, rendesen a birtokos tulajdonos is. A birtok tehát vélelmezett tulajdon. Csak természetes, hogy a mikor tehát csak a tulajdonunk ellen irányuló támadást akarjuk elhárítani, a római jog a *prima facie* bizonyítással, a tulajdonnak védelmével megelégszik, épúgy mint a hogy ott, a hol a dolog harmadik kézben van, és így az alperes mellett szól a tulajdon vélelme, ennek megerősítésére a tulajdon bizonyítását követeli. A birtokper tehát a tulajdont a defensívában, tulajdoni per az offensívában mutatja. Ha a defensívához is megkívánók a tulajdon bizonyítását, az annyit jelentene, hogy mindenki, a ki tulajdonát nem tudja bebizonyítani — a mi a legtöbb esetben úgy is van — teljesen védtelen volna, bárki megfoszthatná tulajdonától. A birtokvédelem tehát a tulajdonnak elengedhetetlen kiegészítője. A tulajdonjog a birtokvédelem nélkül tökéletlen volna, míg a tulajdoni kereset hiánya a tulajdonnak prakticus hatását alig befolyásolná, a minthogy mai vagyonrendünk is nem annyira a tulajdon jogán és keresetén, mint inkább a birtok biztonságán nyugszik, a mely utóbbit megint persze nem annyira a magánjogi birtokkereset, mint a megzavarásához kötött büntetőjogi *sanctio* tartja fenn.

Hogy a római jog teljes tudatában volt annak, hogy a birtokvédelem csak megkönnyített tulajdoni védelem, mutatja az, hogy a hol tulajdon nem lehetséges, ott a birtok is ki van zárva. A hol a tulajdon nem képzelhető, ott annak vélelméről sem lehet szó.

Ha azonban pusztán a birtoknak kimutatása elegendő, hogy védelemben részesüljön, akkor ezt a nemtulajdonos épúgy élvezi, mint a tulajdonos. A birtokvédelem tehát annak javára is szolgál, a kinek nincs is szánva. És ez elkerülhetetlen, ez a tulajdon könnyített védelmének az ára. Ha ezt el akarnók kerülni, bele kellene vonnunk a jogkérdést, de ez a birtokpernek végét jelentené, a mely épen azon nyugszik, hogy egyik fél részéről sincs megengedve a jogkérdés belevonása. Igaz, hogy az ilyen szigorúan elkülönített *possessorium* oda is vezethet, hogy a nemtulajdonos benne győzelmet arathat a tulajdonos fölött, a tulajdonos érdekében alkotott intézmény ellene fordul, de ez nem baj, mert csak a tulajdonostól függ, hogy a maga tulajdoni keresetével az ellenfél most még védett birtokának végét vessen. A jogintézményeknek ez a hatása, hogy túllőnek a nekik szánt célon, el nem kerülhető, ez olyan, mint az eső, a mely a jámbor embernek épúgy javára szolgál, mint az istentelennek. Különösen oly intézményeknél ismétlődik ez, a melyek bizonyítási megkönnyítéseket céloznak, mint pl. a bemutatóra szóló papírok. Az ilyen intézményeknél kettő közt kell választani: vagy részesítjük a jogosulatlant is ez előnyben, vagy, ha őt ki akarjuk zárni, a jogosulttól is meg kell vonnunk a könnyebb bizonyításnak előnyét.

A birtokvédelem tehát a tulajdon nélkül nem érthető meg. És ez ellen még az sem szól, hogy a jurista szerint nihil commune habet dominium cum possessione. Ez a tétel arra vonatkozik, hogy a két intézményt a jogalkalmazásban kell egymástól szétválasztani, de nem dönti meg a két intézmény jogpolitikai, törvényhozási kapcsolatát.

Jhering a maga Grund des Besitzschutzes című művében, a melylyel a Savigny teoriáit halomra dönti, a maga elméletének megfelelően táblázatosan összeállítja a tulajdon védelmére szolgáló eszközöket.

1. Bizonyítása a tulajdon *szerezsmódjának a múltban*:

a) úgy a külső, mint a belső előfeltételeknek: *rei vindicatio, negatoria actio*;

b) pusztán a külsőknek: *Publiciana actio*.

2. Bizonyítása a tulajdon *tényleges létezésének a jelenben*, azaz a birtoknak, még pedig vagy

a) idegen tulajdon ellenbizonyításának (kifogás alakjában) megengedésével: *condictio furtiva, actio legis Aquiliae*, vagy

b) ennek kizárásával: *birtokkeresetek*.

Jhering szerint tehát a birtok practicus jelentősége az, hogy tulajdoni helyzet (Eigenthumsposition). Werbőczy szerint (H. K. I. 24. §. 2.): *possessio pro dominio accipitur*.

76. §. A jogi birtok, *iuris quasi possessio*.

Ugyanígy, mint a hogy a római jog a tulajdonosnak a helyzetét az által, hogy a jog ténylegességének (a birtoknak) bizonyításával megeleégszik és azt védi, megkönnyíti, megteszi azt más jogosultakkal is. Annak, a ki valamely szolgalmat gyakorol, átjár a szomszédja mezején, interdictumot ad, a melynél jogának csak külső megvalósulását, t. i. a tényleges átjárást kell bizonyítania. Ezzel azután megvédi azt is, a ki átjár a szomszédja telkén, a nélkül, hogy joga volna és csak ha vi, clam vagy precario jutott ahhoz, hogy az átjárást gyakorolja, hagyja védtelenül. Itt is tehát tisztán tényleges állapot részesül védelemben. De csak oly tényleges állapot nyer védelmet, a mely valamely jognak külső aspectusát nyújtja. Olyas valaminek a gyakorlása, a minek gyakorlását semmiféle jog sem czélozza, nem részesül semmiféle védelemben. Ezért a római juristák annak gyakorlását, a mit valami jog czéloz, *iuris possessio*-nak nevezik. Szigorúan véve az eddig tárgyalt birtok is *iuris possessio*, mert ez is ténylegessége, gyakorlása egy jognak, t. i. a tulajdonnak. Ezt azonban a római juristák röviden *possessio*-nak nevezik vagy *corporis possessio*-nak, ellentétben a többi jog ténylegességével, gyakorlásával, a *iuris possessio*-val vagy teljes néven *iuris quasi possessio*-val. Erre tehát az eddigiek szerint áll

az a szabály: hogy a hol jog nincs, ott iuris quasi possessio sincs, épúgy, mint a hol tulajdon nincs, ott birtok sincs, vagy a per nyelvén szólva általában: a hol petitorium nincs, ott possessorium sincs. A iuris quasi possessio esetén is az interdictummal győztes, a petitorikus pl. szolgalmi perben vesztes lehet, a két per egyszerre is megindítható, de nem együtt.

A quasi iuris possessio a császárság korában fejlődött ki. Addig az a felfogás uralkodott, hogy a dolgokat csak a maguk egészében lehet birtokolni, egyes vonatkozásaikban nem. Csak lassankint ismerték el, hogy a dolognak egyes vonatkozásaikban való használhatása, tehát annak tényleges gyakorlása, a mire a szolgalmas van jogosítva, szintén védendő, tehát elismerték a tulajdoni birtok mellett a szolgalmi birtokot. A mint a tulajdon: jog az egész dologra, a szolgalom: jog a dolog egyes vonatkozásaira, részjogosultság, úgy lépett az egész dolog birtoka (possessio corporis) mellé a részbirtok, birtok a dolog egyes vonatkozásaira: quasi possessio iuris. Ez az utóbbi név tehát nem azt jelenti, hogy a jogot birtokoljuk, hanem azt, hogy birtokoljuk a dolgot egyes vonatkozásaiban, gyakoroljuk azt, a mit a jog czéloz. A római jog szerint az usufructus és a telki szolgalmak tényleges gyakorlását ismerték el quasi iuris possessiónak. A quasi iuris possessio megszerzéséhez szintén corpus kell, oly gazdasági viszony a dologhoz, a melyben az usufructuarius, a telki szolgalmas hozzá lenni szokott és ennek a corpusnak nyilvánítania kell azt az animust, azt az akaratot, hogy az illető ezt a viszonyt akarja, hogy pl. ezt az átjárást mint jogot akarja gyakorolni. Lehetséges tehát malae fidei iuris quasi possessio is.

A pandektajog a iuris quasi possessiónak a kánonjog hatása alatt a római jognál sokkal nagyobb alkalmazási tért adott. Nemcsak testi dolgokra szorítja. Tárgyai egyházi és világi felségjogok, egyházi méltóságok, hivatalok, tizedek, tiszteletbeli állások, szóval nincs a magán- vagy közjognak oly viszonya, a melynél a iuris quasi possessio gondolatát ne alkalmazták volna. A vezérlő gondolat az volt, hogy a ki valamely jognak zavartalan élvezetében található, oly jognak, a melynek valami tartós gyakorlás felel meg, az, ha jogát vitatják, támadják, mindaddig védessék, míg jogának nem létezése be nem bizonyított. Így adtak a házasság érvényességének, a gyermek törvényes voltának támadásával szemben keresetet a házassági vagy gyermekjog quasi birtokának védelmére, sőt czimerek használatának, doktori czimek, nemesi előnevek viselésének joga is tárgya lett a quasi birtoknak. A fizetés- vagy pensio-megvonások esetén is a hivatalnok az állammal szemben a birónál védelemre talált iuris quasi possessiója alapján (hogy t. i. ezt a fizetést eddig pontosan megkapta), mindaddig, míg az állam, a kormány be nem bizonyította, hogy az illető a fizetés, a pensio felvételére nem jogosult. A mi az ilyen kiterjesztett iuris

quasi possessio védelmét illeti, az eddigi állapotnak megszüntetése, spoliurnak tekintetik, a mi az actio spoliare jogosit.

A iuris quasi possessiónak ilyenén kiterjesztése természetesen ellenzésre talált, a minek több tekintetben megszorító hatása is volt. Így a házassági jognak quasi possessióját már nem ismerik el.

II. FEJEZET: A TULAJDON.

77. §. A tulajdonjog fogalma és fajtái.

A tulajdonjog definitiója vitás és nehéz. Még a legelterjedtebb az, hogy „a tulajdonjog korlátlan és kizárólagos jogi uralom valamely dolog fölött”. Ehhez mások még hozzáteszik: melynél fogva rendelkezhetünk a dolog felett tényleg állagáról, jogilag sorsáról, vagyis használhatjuk (ius utendi), gyümölcsöztethetjük (ius fruendi), birtokolhatjuk (ius possidendi), megterhelhetjük (ius onerandi), elidegeníthetjük (ius alienandi) stb. és itt igyekeznek a rendelkezési lehetőségeket kimeríteni. Valamely definitio akkor helyes, ha a benne felsorolt ismertető jelek (jegyek) mind lényegesek, azaz a definiált fogalomban mindezeknek a jegyeknek meg kell lenniök. E szerint, ha fenti definitio helyes volna, nem lehetne szó tulajdonjogról ott, a hol a fenti rendelkezési lehetőségek közül egyik vagy másik hiányzik. Ha egy ingatlanon valakinek superficies, emphyteusis van, másnak zálogjoga, egy harmadiknak szolgálma, akkor annak a teleknek a tulajdonosát a fenti rendelkezési lehetőségek közül egy sem illeti meg, pedig ő mégis csak tulajdonos. Erre azt mondják, hogy bár ez idő szerint tényleg nem gyakorolhatja az őt, mint tulajdonost megillető jogosultságokat a dolgot terhelő más jogok miatt, ezek megszünte után azonban meglesz minden rendelkezési ius a tulajdonjognak *ú. n. ruganyosságánál* fogva. Ez azonban nem változtat semmit, mert ha a definitio helyes, akkor ez idő szerint neki csak reménye volna, de nem tulajdonjoga. A tulajdonjognak ez a definitiója tehát nem helyes, a tulajdonjog nem áll ezekben a rendelkezési lehetőségekben. E iusok nélkül is marad a tulajdonosnak a fenti esetekben valamije, az t. i., hogy ha egy nem jogosított személy akarna a dologba avatkozni, behatni a telekre, azt visszautasíthatja. Tehát a tulajdonos számára egy abszolút tilalom áll fenn, mindenkire intézve, hogy ezt a dolgot senki se bántsa. Tehát ~~a tulajdonosa az a jog melynél fogva bárkinek jogosulatlan behatását a dologra kizárhatja~~. Persze nem ez a hatalom a végeztél, a melyért én a tulajdont megszerzem, ez csak eszköz a célomhoz. De hiszen minden subiectiv jog csak eszköz, az állam által adott eszköz. Az uralkodó felfogás a jog tartalmának az élvezetet veszi, de ez nem áll, a jog tartalma az állam által nyújtott eszköz.

Elemezzük definíciónkat: kizárhatjuk bárkinek a behatását, tehát a tulajdonjog abszolút negatív jog. Kizárhatjuk bárkinek a dologra való behatását, a tulajdonjog tehát dologi jog, dologra vonatkozó, dologbeli jog. A tulajdonjog tárgya, az élvezési obiectum csak dolog lehet. Testrészemre nincs tulajdonjogom, mert az nem dolog, azzá csak akkor lesz, ha különválík (separatio), ha amputálják, és ekkor tulajdonjogom tárgya is. Nem lehet tárgya res incorporalis, t. i. jog vagy kötelezettség, mint a telekkönyvi rendtartás mondja. Nincs tulajdonjogom szellemi alkotásaimon, nincs dologösszességen (universitas rerum distantium), hanem csak az összes egyes dolgokról (l. a birtoknál). Nem lehetnek a tulajdonjog tárgya res extra commercium. A telkek fölötti tulajdonjog kiterjed úgy a földfelület feletti légűrre, mint a föld alá. Harmadszor: kizárhatja a tulajdonos bárkinek a dologra vonatkozó jogosulatlan behatását. Vannak tehát jogosult behatások (ú. n. korlátai a tulajdonjognak) is, a melyeket a tulajdonos nem tilthat. Ide nem tartozik, hogy vannak személyek, a kik jogot szereznek a behatásra, szolgalmat, kötelmet, örök haszonbérletet, örökbérletet stb. Ezek nem tartoznak ide, mert tulajdonjogomnál fogva ezeknek is megtilthatom a behatást, ők csak ellenjogukra hivatkozhatnak. Nekik az ő ellenjogukra az én actio negatoriummal szemben hivatkozniok kell, ex officio a bíró nem fogja tekintetbe venni. Ezek az ellenjogok nem korlátozásai tehát a tulajdonjognak. Az a szokásos kifejezés különben, hogy a tulajdonjognak korlátai vannak, helytelen, mert a tulajdonjog soha sincs korlátozva. Ez logikai hiba, a tulajdon helytelen definíciójától indul ki. Az én 100 frtos követelésemnek nem korlátozása, hanem csak határa az, hogy 105 frtot nem kérhetek. Így a tulajdonjog ú. n. korlátai sem korlátok, hanem határai. A tulajdonjognak ezen határait, az idegen jogosult behatásokat sokan legalis szolgalmaknak nevezik.

Ilyen idegen jogos behatások ezek:

1. A római jog épügy mint a modern jogok abból indultak ki, hogy a dolgok akkor használtatnak ki a legjobban, ha egyéni önzés alá esnek, szóval, a jogrendszerek a magántulajdonból indulnak ki. De vannak közérdeki szempontok, a melyek a tulajdonoson kívül másnak is engednek a tulajdon tárgyára jogos beavatkozást. Ilyen pl., hogy a folyó partjának tulajdonosa túrni köteles, hogy bárki a partot rendesen használja, ott kikössön stb. A telek tulajdonosa túrni tartozik, hogy telkén a felület tetemes sértése nélkül mások ásványt kutassanak (római jogi intézmény, $\frac{1}{10}$ a tulajdonosé, $\frac{1}{10}$ a fiscusé). És ilyen behatásokat egyéb, különösen policialis, közigazgatási szempontból is állítanak fel az egyes jogrendek.

2. Magánérdekből folyó idegen behatások: a) Meg van engedve mindenkinek a tulajdonára egy bizonyos usus publicus, nézhetem másnak a házát, gyönyörködhetem benne stb. b) Ha bárkinek a dolga az én telkemre kerül, akkor azt a telekről el lehet vinni,

persze az okozott kár erejéig retentióval élhetnek (a követelt kár-
térítés azonban csak a dolog értékéig terjedhet), és ha sokáig el
nem viszik, a bíróság res derelictának nyilváníthatja.

3. Szomszédjog. A szomszédsági viszonyból számos idegen
telekre irányuló behatási jogosultság folyik. Nem tiltakozhatom
a) a szomszédom okozta azon füst, szag, korom, árnyékvetés,
ingatlanmegrázkódtatás ellen, a mely a szokásos mértéket meg nem
haladja; b) az ellen, hogy a szomszédom épülete az én telkem
fölötti légűrbe áthailik, még pedig a római jog szerint $\frac{1}{2}$ lábnyira;
c) hogy az ő fájáról az én telkemre hullott gyümölcsöket minden
másodnapon (tertio quoque die) fölszedje. Ha ebben megakadályoz-
nám, szomszédom az interdictum de glande legendával élhet.
d) Nem tiltakozhatom az ellen, hogy szomszédom a telkemen az ő
érdekében vont csatornát tisztítsa. Megakadályoztatása esetén in-
terdictum de cloacis élhet, de cautiót kell adnia, hogy kárt
okozni nem fog. e) Ha szomszédom fái telkemre árnyékot vetnek,
nem tiltakozhatom ellene, a míg a fák magassága a 15 lábat meg
nem haladja. Ha a fák azonban magasabbak, kívánhatom, hogy a
magasabb ágakat kivágja, mást nem; ha nem teszi, magam meg-
tehetem, ha pedig ezt nem akarná megengedni, az interdictum de
arboribus candelis élhetek. f) Ha szomszédom a maga telkén oly
intézkedést tesz, a melyek folytán az esővíz lefolyása az én káromra
megváltozik, megindíthatom ellene az actio pluviae arcendae-t.

Nem tartoznak a tulajdonjog határai közé azok az obliga-
tiones ex lege, a melyek a tulajdonost valamire kötelezik és a
melyeket szintén a tulajdonjog korlátai között szokás felsorolni.
Hogy nekem épületemet rendben kell tartanom, az nem korlátja a
tulajdonnak. Ez csak akkor volna korlát (határ), ha a tulajdonjog
abban állna, hogy nekem semmit sem kell tennem. Ez nem másnak
a behatási jogosultsága az én dolgomra, hanem egy obl., a mely
ex lege azért terhel engem, mert épen én vagyok a tulajdonos.
Már pl., hogy én köteles vagyok a barmom által okozott kárt meg-
téríteni, senki sem sorolja a tulajdonjog határai (korlátai) közé,
pedig lényegileg azonos az előbbi kötelezettséggel. Ezeknek az
obligációknak nem itt, hanem a kötelmek tanában van helye. Nem
tartoznak a tulajdon határai közé az elidegenítési tilalmak sem,
mert a tulajdonjognak nem lényeges kelléke az elidegeníthetőség.
Először is a tulajdonos nem idegenítheti el mindig a maga dolgát
és másodszor elidegenítheti a dolgot nem tulajdonos is, pl. a
zálogos. Azután, ha pl. a kötelmek a követelési jogok tartalmának
nem tartjuk a róluk való rendelkezhetést, pl. hogy cedálhatjuk stb.,
akkor a tulajdonjognak sem tartozhatik a tartalmához a jogról való
rendelkezés. A jogról való rendelkezés nem vehető a jog gyakor-
lásának, ép azért, pl. a szolgálat, a mely mint látni fogjuk, non
usus által elvész, elvész akkor is, ha közben elidegenítem, elzálo-
gosítom stb., a mi annak a jele, hogy a jogról való rendelkezés

nem ususa, nem gyakorlása a jognak. Az ilyen rendelkezés megtiltása tehát nem korláta, nem határa a jognak, hanem csak a személynek. Ilyen elidegenítési tilalmak pl. a római jog szerint, hogy egy res litigiosát a peres feleknek, egy fundus dotalist a férjnek, a legatum sub die-t, a kiskorú dolgát (ma ingatlan dolgát) gyámi beleegyezés nélkül nem szabad és lehet elidegeníteni. (Kiskorú dolgának elajándékozása ma még gyámi beleegyezéssel sincs megengedve.)

Tulajdonjog tehát az az abszolút jog, a mely abban áll, hogy minden embernek (egynek, a tulajdonosnak a kivételével) a jogrend megtiltja egy bizonyos dologra nézve mindennemű jogosulatlan behatást; vagy a mi ugyanaz, csak más nézőpontból, t. i. a tulajdonos nézőpontjából: tulajdonjog az, hogy lehetőleg biztosítva van abban, hogy a dolgot csakis ő fogja élvezni. Hogy azonban a tulajdonos a dolgot élvezhesse, birtokolnia kell azt, abban a helyzetben kell lennie, hogy a dolgot rendeltetése szerint használhassa. Ha ellenben az én tulajdonom (tulajdon szóval a tulajdonjogon kívül annak tárgyát is jelöljük), az én órám másnak a birtokában van, én ugyan tulajdonos maradok, de csak puszta jogom, nudum iusom van, annak a másnak pedig van az óra. Arra a kérdésre tehát, hogy mi akarok inkább lenni, birtokos-e vagy tulajdonos, a felelet az, hogy a birtok többet ér, mint a tulajdonjog.

A tulajdonjognak a római jogban történeti szempontból fontos két faja volt, a ius civilebeli quiritar tulajdon (dominium ex iure Quiritium) és a ius gentiumbeli bonitar tulajdon (in bonis esse). Ez utóbbi római polgárnak (később Latinusnak is) csak praetori védelemben részesülő tulajdona különben quiritar (ius civile szerinti) tulajdonra is képes dologon, a melyet azonban nem quiritar szerzősmóddal (mancipatio, in iure cessióval), hanem csak iure gentium szerzett meg. Nem szabad a bonitar tulajdonnal összetévesztetünk a római jognak lényegileg hozzá hasonló alakulatait, t. i. a „possessio és ususfructus“-t a provincialis telkeken és a peregrinusok tulajdonát. A három alakulat abban egyezik meg, hogy ius civile szerint az illetők csak birtokosok, különbözik pedig egymástól mintegy a vitium tekintetében: a bonitar tulajdonos a szerzősmód hibás volta miatt, a possessor et usufructuarius fundi provincialis a dolognak quiritar tulajdonra való alkalmatlansága miatt, végül a peregrinus személyének alkalmatlansága folytán nem nyer teljes jogi (quiritar) tulajdont. Sokan a peregrinus tulajdonát is bonitar tulajdonnak nevezik.

A bonitar tulajdon keletkezése a következő: Res mancipi tulajdona átruházásának vagy a mancipatio vagy in iure cessio formájában kellett végbemennie, a puszta traditio (l. o.) nem adott tulajdont, a ki csak átadással szerzett res mancipit, védtelen volt a tulajdonos és successorai rei vindicációjával szemben. Már pedig a traditio mind gyakoriabbá vált a res mancipiknél is (a res nec

mancipinél ab ovo helyén volt, mert traditióval rajtok quiritar tulajdont szereztek), egyrészt mivel a Mancipatio és in iure cessio kellemetlen formaságok voltak, másrészt mivel sem feltételt, sem időhatározmányt meg nem tűrtek. Ezért sokan a traditio szerezte birtokkal megelégedtek, mert a traditio távollevők között is végbe-mehetett. A praetor nem zárkozhatott el sokáig az életnek e tényleges alakulata elől és bár tulajdonjogot nem adhatott (praetor ius facere non potest), hanem in effectu mégis úgy tekintette az illetőt, mintha tulajdonos volna. Az ilyennek, a ki t. i. res Mancipit traditióval szerzett, neve e szerint nem is tulajdonos volt (a bonitar tulajdon elnevezés későbbi eredetű), a források úgy jelölik meg: in bonis esse, in bonis habere, a mit Theophilus a maga paraphrasisaiban δεσπότης βοιτάριος-szal ad vissza (innen a bonitar tulajdon elnevezés). A praetor a bonitar tulajdonost olyképp védte, hogy a quiritar tulajdonos rei vindicatiojával szemben exceptio doli adott, melynek neve, ha az átadás causája vétel volt: exceptio rei venditae et traditae. Az exceptio azonban csak alperesi minőségben védte a bonitar tulajdonost, ezért a praetor neki arra is adott eszközt, hogy a kezéből kikerült dolgot visszakövetelhesse. Erre szolgált az actio Publiciana, melyet valami Publicius nevű praetor (neve és hiv. ideje igen vitás) adott először. Ezzel a Publiciana actióval a bonitar tulajdonos mindenkivel szemben élhetett, a kinél a neki átadott dolog volt, még a quiritar tulajdonossal szemben is, ha a dolog hozzá visszakerült. Ha a tulajdonos az actio Publiciana ellen exceptio dominiit emelt, t. i. azt a kifogást, hogy hiszen ő a tulajdonos, a bonitar tulajdonos ezt az exceptiót replicatio rei venditae et traditaevel üthette vissza. [A Publiciana actio csak egy esetben nem védett, ha t. i. a quiritar tulajdonos a bonitar tulajdonostól hozzá visszakerült dolgot valakinek ismét el- és átadta, akkor, ha a dolog az egyik bonitar tulajdonos birtokában van, a másik nem léphet fel ellene, viszont, ha valamely harmadik birtokos ellen lép fel felperesként mindkét bonitar tulajdonos, az fog győzni, a kinek jogosultsága régebbi.] A Publiciana actiót tehát a bonitar tulajdonos megindíthatja mindenki ellen, kivéven azt, a kinek nálánál erősebb joga van a nélkül, hogy neki kötelmileg le volna kötve. (A iustinianusi jogban az actio Publiciana már nem a bonitar tulajdon, hanem a jóhiszemű birtok védelmére szolgál.)

A régi római jogban a mai tulajdon és birtok megosztottságának mintájára maga a tulajdon lehetett megosztva. Lehetséges volt, hogy valakinek csak bonitar tulajdona van, holott a quiritar, a ius civile szerinti tulajdont nem szerezte meg, tehát másnál van a bonitar tulajdon, másnál a quiritar. Ez utóbbi persze csak est nomen quod nec unquam videtur nec in rebus apparet (Cod. VII. k. 25. cz. l. un.), innen neve nudum ius Quiritium, mert a tényleges tulajdon azé volt, qui in bonis est. De néhány tekintetben mégis mögötte állt a bonitar tulajdonos a quiritarnak; a bonitar tulaj-

Dogmatikai szempontból beszélnek dominium illimitatumról (plenum) és limitatumról (minus plenum) a szerint, a mint a tulajdonjogot teljes vagy meg van terhelve egyik vagy másik ius in re alienával. Középkori eredetű a dominium directum és utile megkülönböztetés. A glossatorok ugyanis az emphyteusist, superficiest és a vasallus tulajdonjogát azon az alapon, hogy utilis tulajdoni keresettel (rei vindicatio utilis) védetett, dominium utilenek nevezték. Ez alapon a tulajdont megosztották és főtulajdonnak nevezték az igazi tulajdont, a melylyel szemben a hűbéres, az emphyteuta, a superficiarius haszonvevő tulajdonos. Az ilyképen megosztott tulajdonnal szemben áll azután a teljes és osztatlan tulajdon, a hol az osztr. polg. törvénykönyv szavai szerint a dolog állagára való jog a haszonvételi joggal egyesül, vagyis helyesebben: a hol a tulajdont sem emph. sem superf. nem terheli. Beszélnek még dominium revocabile-ről, oly tulajdonjog, a mely bár ez idő szerint fennáll, de már most biztos, hogy az ez idő szerinti tulajdonos valamely később bekövetkezendő tény (conditio resolutive, dies ad quem) folytán ipso iure el fogja veszteni. Ettől megkülönböztetendő az ú. n. dominium revocabile ex nunc, a melynél a tulajdonos kötelemileg kötelezte magát, hogy tulajdonjogát bizonyos körülmények között más személyre fogja átruházni, a mivel szemben minden más esetben a revocabilis tulajdon dominium revocabile ex tunc. Dominium revocabile csak az utóbbi, az előbbi nem külön neve a tulajdonnak. A dominium revocabilenél a revocatioig húzott gyümölcsök az ez idő szerinti tulajdonoséi maradnak, mert tulajdonjoga alapján szerezte őket, de a dolog elidegenítése, megterhelése dologi jogokkal, a melyet időközben vitt véghez, a revocatio pillanatával ipso iure érvénytelen. Ezt újabb jogi közmondással úgy fejezik ki: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. Ép ezen szempontból kell a dominium revocabile-től a dominium pendenst megkülönböztetni, a

mely alatt azt értjük, hogy annak a kérdésnek az eldöntése, hogy egy dolog tulajdona kit illet, valamely ez idő szerint bizonytalan körülmény be- vagy be nem következésétől függ. Pl. valamely nyáj haszonélvezőjének az újonnan ellett bárányok felett van ily dominium pendense, mert ő csak az esetben lesz ezeknek tulajdonosa, ha a haszonélvezet befejeztével az elhunyt juhok kipótlása, ú. n. summissiója után még maradnak szám feletti juhok. Az ilyen tulajdonnak megterhelései, elidegenítései *ex tunc*, azaz *ab ovo* érvénytelenek, semmisek, míg a dominium revocabilenél csak a revocatio pillanatától fogva, tehát *ex nunc*. A dominium pendensből ismét megkülönböztetendő a *dominium dormiens*, a mely t. i. oly tulajdonjog, a melyet kétségtelen volta daczára sem lehet bizonyos ideig érvényesíteni, így a tignum iunctum esetén, ha az én anyagszeremet valaki beépíti, addig nem indíthatom meg a tulajdoni keresetet, míg az épület fennáll. (Addig is van azonban *actio de tigno iuncto*, a melylyel az anyagszer értékének kétszeresét követelhetem, de magát az anyagszert nem.)

A tulajdon szóval jelölik a jóhiszemű birtokot is, elnevezvén vélelmezett, fictiv tulajdonnak, de ez voltaképen külön alanyi jog, a melyről később lesz szó.

A tulajdon tárgya, mint láttuk, dolog és egy dolgon csak egy tulajdon lehető. Ép azért áll a római jogban is a szabály *duorum in solidum dominium esse non potest*. *Condominium* (közös tulajdon) tehát csak *pro partibus indivisis* lehető (l. bővebben a birtoknál). A közös tulajdonosok mindegyike a maga ideális részéről szabadon rendelkezhetik és a haszon (a gyümölcsök) kellő részére igénye van, de az egész dologról, annak realis részeiről az egyes társ csak a többiek beleegyezésével rendelkezhetik. *Actio communi dividundo*val a közösség megszüntetését vagy szabályozását kérheti a társ, a mellett a tulajdonosi és birtokvédelmi keresetek is megilletik a harmadik zavaróval szemben. A dolgon minden egyes condominus a szükséges javításokat önhatalmúlag végeztetheti és kiadásainak megtérítését minden egyes társtól *pro parte* követelheti. Ha ezek a felszólítás után 4 hónapig nem teljesítik ezt a követelését, tulajdonjogukat elvesztik. A társak különben *culpa in concreto*ért felelősek, tehát oly diligentiával tartoznak eljárni, *quam in suis rebus adhibere solent*.

A tulajdonjog fogalmának és jogainak tárgyalása után minden jognál követett rendszerünk szerint a jogot keletkeztető, változtató és szüntető tényekre kell áttérnünk. E tekintetben az institutio könyvek rendszerétől eltérünk, mert azok nem a jogkeletkeztető, változtató és szüntető tények szerint tárgyalják az anyagot, hanem subiectiv szempontból jogszerző és vesztő tények szerint. Az előbbieket megint történeti alapon két részre osztják: *ius civile* és *ius naturale* (gentium) szerinti szerzéstények. A *ius civile* szerinti

szerzéstények az elbirtoklás kivételével pusztán történeti érdekűek, azért e tekintetben az institutio könyvekre utalunk (Vécsey 269—271. o., Kajuch 188—192. o.)

78. §. Tulajdonjog keletkeztető tények: 1. Egyoldalú birtokbavétel.

Bizonyos esetekben a tulajdonjog az által keletkezik, hogy egy dolgot birtokba veszek (apprehendálok). Itt megint meg kell különböztetni az idegen és az uratlan dolognak a birtokbavételét.

I. Idegen dolog birtokbavétele által a tulajdonjog a *perceptio* esetében keletkezik. Egyes dologi jogok, jelestül bizonyos szolgalmak megadják alanyuknak azt a képességet, hogy valamely dologon eddig fennállott tulajdont megszüntesse és magának új tulajdont szerezzen. Az *usufructuarius* azon az almán, a mely az idegen telken levő fán nőtt, ha azt birtokba veszi, tulajdonjogot nemcsak szerez, hanem keletkeztet is. Mielőtt birtokba vette volna, az alma a telek tulajdonosáé volt, de nem mint külön dolog, hanem mint része (accessiója) a telken álló fának. Ha az almát most ő birtokba veszi, a telektulajdonos tulajdonjoga megszűnik (helyesebben nem is volt tulajdonjoga, mert tulajdonjog csak dologon lehet, dologrészen nem) és ő neki új joga keletkezik. Az ő szerzése tehát *acquisitio originaria*. Ugyanez az eset más szolgalmaknál is, pl. a homokszedési (*servitus harenae fodiendae*), kavicsstörési, mészégetési (s. *calcis coquendae*), erdővágatási (s. *silvae ceduae*), vízmerítési (s. *aquae haustus*) szolgalmaknál. A szolgalmas a homokon, kavicson, mészen, fán, vizen tulajdont szerez az által, hogy birtokba veszi.

A *perceptio* szó rendszeren a *fructuum perceptio* összetételben fordul elő. Ezzel kapcsolatban röviden ki kell fejtenünk a gyümölcs jogi fogalmát. Jogi értelemben gyümölcs több, mint a rendes nyelvben. A köznyelv csak az organikus, még pedig csak a növényvilág termékeit érti alatta, a tudományos téren már az állat kölykeit is gyümölcsnek nevezik (Leibesfrucht). Jogilag gyümölcse minden dolognak van, a mely a maga gazdasági rendeltetése szerint arra szokott használtatni, hogy belőle jövedelmet húzzanak. Az, a mit ebből a dologból állandóan húzunk, az annak a dolognak a gyümölcse. Ennek a nemzetgazdaság nyelvén a tőke hozadéka, jövedelme felel meg. Itt tehát a gyümölcs szó széles értelemben van használva, szélesebben, mint a mely értelemben a *fructuum perceptio* gyümölcsszerzés kifejezésnél használjuk. E tág értelemben vett gyümölcsnek ugyanis két faja van, beszélünk természetes gyümölcscről (*fructus naturalis*) és polgári gyümölcscről (*fructus civilis*). Természetes gyümölcs az, a melyet az illető dolog önmagából, természetete folytán hoz, *fructus civilis* pedig az a haszon, a melyet emberi munka okoz. Ez a felosztás sem nagyon szerencsés. Az alma természetes gyümölcs, csak hogy ez az alma sem nő önmagától,

egész más alma volna az, ha magára hagynók. A bányászat terén még nehezebb megmondani, hogy a kőfejtésnél mi több: a természeti vagy az emberi munka? A gyümölcsszerzés tanában csak a természetes gyümölcsre való tulajdonjog megszerzéséről beszélünk. Az ilyen gyümölcsnél megkülönböztethetjük a különböző stadiumokat. *Fructus pendens* a gyümölcs, a mig része (accessiója) a földolognak, pl. az alma a fán, a borjú az anyaméhben. Voltaképpen ez még nem is gyümölcs, azzá csak az elválás pillanatában lesz. Ekkor már külön dolog, neve *fructus separatus*. A fáról leesett alma *fructus separatus*, ha most valaki (erre jogosult) birtokba veszi, apprehendálja, percipálja, *fructus perceptus* lesz. Ha az alma elfogyasztatik, azaz természete, rendeltetése szerint felhasználtatik, akár általában megszűnik, akár pedig csak a birtokba vevőre nézve van elfogyasztva (pl. eladja), akkor *fructus consumptus*. Mig ellenben a gyümölcs birtokában van, *fructus extans*. A *fructus extans* lehet akár *fructus separatus*, akár *perceptus*. A gyümölcsszerzés tana már most a kérdéssel foglalkozik, hogy ki szerzi meg ezek fölött a gyümölcsök fölött a tulajdonjogot? Mig a gyümölcs a fán van, addig a fa tulajdonosáé, nem külön tulajdonjog áll fenn rajta, mert csak része a tulajdon tárgyának (a fának, helyesebben, sőt egyedül helyesen: a teleknek). Ha már most a gyümölcs separálódik, külön dologgá lesz, a tulajdonos csak folytatja a telken már fennállt tulajdonjogot, tehát nem szerez újat, ez tehát nem tulajdon keletkeztető tény. De vannak esetek, a mikor nem a tulajdonos, hanem mások szerzik meg a gyümölcs tulajdonjogát (a mi már originaer szerzés). Maga a gyümölcsajtó dolog, az nem A.-é, de a gyümölcs A.-é lesz. Ilyen személyek a következők: Én ingatlanomat valakinek bérbe adom, azaz egy *locatio conductio reit* kötök, melynél fogva ez a valaki jogosítva van a dolgot használni és annak gyümölcsét is húzni (az egész haszonbérlet célja épen a gyümölcsszerzés), neve *haszonbérlet* (*conductor, colonus*). A másik a gyümölcsszerzés tanában fontos személy az *usufructuarius* (a haszonélvező, s egyéb szolgalmások). Ennek abszolút joga van, a bérletnek csak relativ, azaz mig a haszonbérlet a gyümölcsöket csak a földolog tulajdonosától, a bérbeadótól, követelheti, addig a haszonélvezőnek mindenkivel szemben van joga. A harmadik személy az *emphyteuta*, a ki voltaképpen szintén haszonélvező, de azzal a sajátossággal, hogy ezt a haszonélvezeti jogát elidegenítheti, átöröközheti, mig az igazi haszonélvezet a személyre szorítkozó, hozzátapadó jog (személyes szolgalom). A negyedik fontos személy a *jóhiszemű birtokos*. A ki az én ingatlanomat megveszi, de nem tőlem a tulajdonostól, hanem, nem tudva azt, hogy én vagyok a tulajdonos, X.-től, a kit tulajdonosnak hisz, és ez neki a dolgot át is adja. Ez a *bona fide emptor* nem lesz tulajdonosa a megvett és neki átadott dolognak (hisz autora sem tulajdonos), de a gyümölcsöket, a melyeket a dolog hajt, mégis ő szerzi

meg. Hogy ezek a személyek a dolog gyümölcsét mikor szerzik meg, ez a gyümölcsszerzés tana. A haszonélvező, mint láttuk a perceptióval, a birtokba vétellel, a mi originaer szerzősmód, mert új tulajdonjogot szerez rájuk. A fájától elvált alma még a tulajdonosé, de ha a haszonélvező birtokba veszi, egyoldalúlag apprehendálja, percipiálja, a mi mind ugyanazt jelenti, a tulajdonos elveszti a gyümölcs feletti tulajdon- és birtokjogát, az usufructuarius pedig originaer módon szerez egy új tulajdonjogot és birtokjogot. Míg tehát a földolognak az usufructuarius csak detentora és iuris quasi possessor, addig a gyümölcsnek, ha azt percipiálta, possessor és tulajdonosa is lesz. Az említett többi személy (a colonust kivéve, a ki az usufructuariusnál is rosszabbul áll) már a separatio pillanatában, tehát nem jogügylettel, mint az usufructuarius, hanem ex lege, ipso facto, a gyümölcsnek a fától való elválása pillanatában szerzik meg reá a tulajdonjogot, ezért róluk a separatio fejezetében kell szólni.

Az idegen dolog egyoldalú birtokbavétele (perceptio) új tulajdonjogot szül, de csak egyes személyeknek, a kiket a jog ezzel a képességgel felruház, hogy t. i. egyoldalú ügylettel az eddigi tulajdonjogot megszüntessék és maguknak újat szerezzenek.

II. Uratlan dolog birtokbavétele (occupatio). Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. (Az occupatio szót a birtok tanában is használtuk, a hol egyoldalú birtokszerzést jelentett, akár volt a birtokba vett dolognak az előtt birtokosa vagy sem, tehát nem szükségkép res nullius birtokbavétele. A tulajdon tanában az occupatio már csak az uratlan dolognak birtokbavételét jelenti. Az occupatio szónak ezt a kétféle használatát nem szabad egymással összetévesztenünk, bár mind a kettő jogkeletkeztető tény. Csakhogy, míg az occupatio az egyoldalú birtokbavétel értelmében, tehát a birtoktani occupatio jogügylet, szándékolt joghatású jogi tény, addig az occupatio a tulajdon tanban neutralis megengedett jogi cselekmény, nem jogügylet, az uratlan dolog birtokbavevője tulajdonosa lesz a dolognak, akár akarja ezt a birtokbavétellel, akár nem. Voltaképen a tulajdöntani occupatio két elemből áll: a birtokszerzési és a tulajdonszerzési elemből. Az első elem (a mely azonos a birtoktani occupatióval megszorítva az uratlan dolgokra) jogügylet, már a második nem. Az occupálónak a birtokot meg kell akarnia szerezni, de mihelyt egyszer azt megszerezte ipso facto, ex lege tulajdönt is szerzett. A tulajdöntani occupatio tehát neutralis megengedett összetett tényállás, a melynek egyik eleme jogügylet.)

Uratlan dolog, res nullius kétfélet jelent. Vannak res nullius, a melyek nem is lehetnek magántulajdonban, így a res divini iuris (res sacrae, sanctae és religiosae), ezeknek mindig res nulliusoknak kell maradniok és occupatióval tehát tulajdon rájuk nem szerezhető. Más a res nullius és erről van itt szó, a mely ez időszertint

nincs magántulajdonban, de a melyre occupatioval tulajdonjog keletkezik. Az occupatiónak esetei:

1. Ingatlan res nullius: a) *Insula in mari nata* (de nem insula in flumine nata); ha a tenger közepén (a tenger res nullius extra commercium) sziget merül fel, a mi Gaius szerint raro accidit, ritkán esik meg, ez a sziget is res nullius lesz. Csakhogy míg a tenger extra commercium és patrimonium áll, addig a sziget occupálható, fix primi occupantis. b) *A tenger fenéke és partja*, a mennyiben én azt be tudom építeni, el tudom foglalni. Míg az én opusom rajta van, addig az enyém a telek, a part, de ha a tenger árja opusomat elsodorja, ismét res nulliussá lesz. c) *Ager desertus*. Ha valaki sokáig (két évig) nem művelte adóköteles gyümölcsöző földjét, elveszti tulajdonát, a melyet az első occupáló nyer meg, t. i. az, a ki a földet művelni kezdi, ha csak a volt tulajdonos meg nem téríti neki az összes művelési költségeket. Ez a későbbi római jog fejleménye (Theodorus Arcadius császár), ma már nem practicus.

2. Ingó res nullius: a) *A tenger terményei*, halak, gyöngyök stb. b) *A természet és szabadságában élő vadállat* (fera bestia). A vad-ság kérdésében nem az egyént, az egyes állatot kell nézni, hanem a fajt. Fera bestia minden állat, a mely a maga neme szerint vadállat, helyesebben negative: nem háziállat. Ha az egész genus nem háziállat, akkor minden egyes species a genusban vad állat még akkor is, ha ép ez az egy szelidítve, háziasítva volna is. A római jog szerint ilyen vad állat az egér is, továbbá a házi rovarok, a kanári madár, a galamb, a méh. A fera bestia res nullius és bárki által occupálható, mienk lesz a birtokbavétel által és megszűnik a mienk lenni a birtokállapot elvesztése által. Nehéz azonban megállapítani, hogy mikor kerül a vad a birtokunkba? Ha pl. a vadállat meg van sebezve, úgy hogy már hozzáférhető, akkor kérdés, rögtön a mienk-e. Sokan abban a nézetben voltak, hogy igen és addig marad a mienk, a míg üldözzük. Iustinianus ezzel szemben azt a nézetet vallja, hogy a lelövés még nem elegendő, addig nem a mienk, a míg testét meg nem fogtuk, mert, úgy-mond, sok mindenféle eshetik közbe, a mi miatt, bár megsebezted, még sem vehetnéd birtokba. Az élő vad állaton birtokállapot kétféle lehet: vagy custodiat gyakorolok az állaton, kalitkába zárom, meg-őrzőm, vagy kifejlesztem az állatban az animus revertendi-t, azaz megszelidítem (animal ferum sed mansuetum), hogy megnyerje a consuetudo revertendi, hozzászokjék a házamhoz és oda akár-honnan visszatérjen. Elvesztem tehát a birtokállapotot és vele a tulajdonjogot is akkor, ha vagy a custodia vagy az animus revertendi megszűnik. Hogy ez mikor szűnik meg, az quaestio factio. Ha ellenben kutyám vagy más házi állatom veszti el az animus revertendijét, legfőlebb birtokomat veszttem el rajta, de tulajdon-jogomat nem. A vad állat tulajdonját megszerzem tehát a birtokba-

vétellel és nem tesz különbséget, hogy én a vad állatot a saját földemen vagy idegen földön fogom-e el, lövöm le. Az idegen telek tulajdonosa csak azt tilthatja meg, hogy a telkére lépjek, mert a telek az ő tulajdona, de ha a telkén a vad állatot lelöttem, elfogtam, az állat az én tulajdonom lesz. Ma a vadászat és halászat nincs mindenkinek megengedve, erre ma külön jog van, ú. n. halászati és vadászati jog (83:XX., 88:I.). A római jogban erre külön alanyi jog nincs. Ez az alanyi jog ma hasonlít a szolgalmakhoz, talán oda is volna sorozható, abszolút jog, a mely szerint mindenkinek meg van tiltva azon a telken vadászni és halászni, csak a jogosultnak nem, de nem áll abban a lehetőségben, hogy mint az usufructuarius perceptio által a gyümölcs, úgy ő occupatio által a vad állat tulajdonát szerezzék. Mert ha én A.-nak vadászati joga ellenére az ő vadászati területén vadászok, sértem ugyan az ő vadászati jogát, de a lelőtt nyúl hogy kié, az a mi jogunk szerint sincs szabályozva, helyesebben úgy van szabályozva, mint a római jogban. Mert az a vadászótól lelőtt vad nem azé, a kinek vadászati joga van, csak akkor volna az övé, ha occupálta volna a saját vadászása által. A lelőtt vad ma is a vadászóé, csak hogy tőle elvehető és még büntetést is fizet. Ez az orvvadászat épen azért büntetőjogilag is igen érdekes. Miféle delictumot követ el az orvvadász. Lopást nem, hiszen a vad állat nem volt senkinek sem tulajdonában, sem birtokában, sem birlalatában. De hát akkor mit? Binding szerint sikkasztást. Római jogi szempontból talán *condictio furtiva* volna az orvvadász ellen indítható (nem *actio furti*, mert azt csak a tulajdonos indíthatja). Wächter pandektáiban azt akarja kisütni, hogy a római jogban is volt vadászati jog. Ez helytelen. Vadászni bárhol szabad volt, csak idegen telekre nem volt szabad lépni. De már pl. az átjárási szolgalmak léphetett az idegen telekre és így még a telekre való lépés megakadályozásának sem volt helye, nem hogy a vadászásnak.

c) Az ellenség dolgai (*res hostiles*). A római dolog, ha idegen területre jutott vagy idegen államból eredő dolog Rómába jutott, *res nullius*nak tekintetett és *factus est primi occupantis*. Az idegenre nézve kétféle a római felfogás. Az idegen államok legnagyobb részével, ha a római állam nem is hódította meg őket, *foedus*t, nemzetközi szerződést kötöttek. Ha ezeknek tárgya, dolga római területen van, míg a béke ezzel a néppel tart, e dolog nemzetközi védelem alatt áll. Római *ius civile* szerint az idegen ugyan nem tulajdonosa e dolognak, de azért ő *respectáltatik*. De ha e néppel kiüt a háború, polgárainak római területen lévő dolgai uratlanná válnak, maga az ember is mint rabszolga *fit primi occupantis*. A mi áll barátságos viszonyban lévő peregrinusra háború esetén, az áll mindig minden egyes peregrinusra, a kinek államával nincs baráti szerződés. Ezt a római jog a maga terhére és az ellenség javára is elismeri. Mégis azzal a megszorítással, hogy ha később az ilyen rab-

... a ... occupatio ...
...
... 506. ...

szolgává lett római visszatért hazájába, elismerték a *ius postliminiit*, azaz ennek az embernek a rabszolgasága *pro nihilo* vétetett, mintha sohasem lett volna rabszolga. Némely, az ellenségtől visszavett dologra is elismerték a *ius postliminit*, a hajóra, öszvérré, rabszolgára, szóval a *munitióra*. Ez ha viszakerült Rómába, ismét azé lett, a kié azelőtt volt. A *res hostilistól* megkülönböztetendő a *res bellica*, a hadi zsákmány, a hadi úton nyert dolog. Ez nem *res nullius*, hanem az államé, a mely azt *venditio sub hastával* eladta. *d) Res derelictae*, oly dolgok, a melyeknek birtokát tulajdonosuk *animo relinquendi dominii* elhagyta, tehát azzal a szándékkal, hogy többé ne legyen rá tulajdonjoga. Ha üldözés közben dobom el a dolgot, vagy *maris levandae causa* (*lex Rhodia*) vihar közben, akkor csak a birtokállapotot és birtokjogot szüntetem meg, de a tulajdont nem, az ily dolog tehát nem *occupálható*. Ha *animusom*, szándékom van a *derelinquálásra*, a tulajdonjog elvesztésére, de a birtokállapotot megtartom, ez *protestatio facto contraria*, nem érvényes. Ma *res derelicta* igen kevés van: eldobott szivar stb. Nem *res derelicta* s így nem is *occupálható* az elveszett dolog.

79. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 2. Kincstalálás.

Kincs, thesaurus olyan értékes ingó dolog (tehát mosaiktábla nem, mert az *pars fundi*), mely *emberemlékezetet* meghaladó idő óta rejlik valahol, úgy hogy ez okból tulajdonosa többé ki nem tudható. Ha egy modern butorban vagy egy hotelmatrácban találok valamit, az nem kincs, mert ki van zárva, hogy ott emberemlékezetet meghaladó idő óta ott legyen. Hibás a Paulus definitiója. *Thesaurus est vetus quaedam depositio* (ez helytelen, nemcsak eltett, de elvesztett dolog is lehet) *pecuniae* (helytelen, lehet más ingó is), *cuius iam non exstat memoria, ut iam dominum non habeat*. A kincs tulajdonát már a találással, az észrevevéssel, a megpillantással szerezük meg. Birtokbavétel nem kell, tehát akár három éves gyermek is megszerezheti a kincset. A *thesauri inventio* tehát nem tartozik az *occupatio* fejezete alá, bár *res nullius* tulajdonszerzéséről van szó. A kincstalálásra nézve a római jogban a következő szabályok állanak: fele a kincstalálóé, másik fele a telek vagy ingó (melyben találtatott) tulajdonosáé. Ha a kutatás tilos, akkor az egész a telektulajdonosé. Ha a *fiscus* telkén van a kincs, akkor, ha feljelentem, fele az enyém, fele a *fiscusé*, ha nem jelentem fel, az egész a *fiscusé* és még az értékét is meg kell fizetnem. Uratlan dologban talált kincs egészen a találóé, de meg nem engedett eszközökkel, bűbajos szertartással keresett kincs egészen a *fiscusé*. Hogy ha az a dolog, a melyben a dolgot találtam, *res divini iuris*, erre nézve a római törvényhozás ingadozik. Volt egy idő, mikor azt mondták, hogy az egész kincs az *inventoré*, később úgy tartották, hogy fele a *fiscusé*. A *corpus iuris*ban mindkét nézetre találunk, az egyiket

az institutiók, a másikat a pandekták képviselik. Vitás és érdekes kérdés, hogy a fiscus, a telek tulajdonosa ipso facto szerzi-e meg a kincs felére a tulajdonjogot, tehát originaer úton vagy csak követelést nyer a kincstaláló ellen, hogy az rá a kincs felének a tulajdonát átruházza, tehát obligatiót nyer ad dandum, illetve az obligatio teljesítésével a traditio által derivativ tulajdont. Az uralkodó felfogás az előbbit tartja.

A kincs egyik érdekes példája annak, hogy a tulajdonjogot nem lehet in idea a végconsequentiaig vinni, practicus gazdasági okokból megszakítjuk azt. Példái ennek még az accessio, a specificatio is. Ott, a hol logikailag több tulajdonosnak kellene lennie, a mi igen impracticus, helytelen volna, ott a kisebb érdeket alárendeljük a nagyobbnak. A tulajdont annak adja a jogrend, az állam, a ki mellett nagyobb érdek szól. A tulajdon csak addig terjed, a míg azt a gyakorlati érdek megengedi. Így a kincsnél is. Ha egy kincs 500 év óta el van ásva, logice az örökösöknek mai napig tulajdonjuk volna a dologra. De az örökösök megállapítása absurd következményeket vonna maga után. Ezért az állam, az ú. n. jogrend új tulajdont ismer el. A kincstaláló a nemzeti vagyont szaporította, ezért jutalmazzuk meg, ezért kapja a kincs tulajdonát.

A talált dolog nem kincs, tehát nem szereztetik rá tulajdon, sőt római jog szerint a találó találói díjat sem kap, sőt ha tudva, hogy a dolog talált jószág, megtartotta, lopást követett el.

80. §. Tulajdonkeletkeztető tények. 3. Elkülönítés (separatio).

Ha valamely tulajdonomban levő dolog részekre bomlik, akkor tulajdonjogom nem változik, marad az egész tulajdonjogom, csak mintegy részekre szakad, folytatódik minden egyes részen. Nem keletkezik annyi új tulajdonjog, a hány új darab van. Ez tehát nem jogkeletkeztető, hanem tulajdonjog változtató tény. Ilyen az eset akkor is, ha a tulajdonos dologának gyümölcse lesz. Míg a gyümölcs a fán van, addig tulajdonjogom kiterjed a telekre, a rajta levő fákra és a gyümölcsre. *Fructus pendentes pars fundi videntur.* Tulajdonjogom van a rabszolga fölött, a benne lévő magzaton is. Ha az alma, a magzat különválk, akkor nem új tulajdonjogot szerzek, hanem csak folytatom a fennállott tulajdont az almán, a rabszolgán fennállottat gyermekén. Ez esetekben a különválás, a separatio nem tulajdonkeletkeztető tény.

De vannak jogkeletkeztető separatiók is. Ilyenek:

1. A testem nem tulajdonom, de ha egyes részei a testtől különválnak, akkor azokon tulajdonjogom keletkezik. A haj, míg rajtam van, nem tulajdonom, mert nem dolog, csak ha levágom. Ha más valaki vágja le, az nem lop, mert nem vesz el semmit sem tulajdonomból, sem birtokomból. Binding formalismusa szerint

ez sikkasztás volna. A kihúzott fog, az amputált kar nem az orvosé, hanem az enyém.

2. *Fructuum separatio*. Az *emphyteuta* és a *bonae fidei possessor* javára új tulajdonjog keletkezik, mihelyt a gyümölcs a fától, a földologtól különválnak. Míg a fán van, nekik csak *bonae fidei possessiójuk* van, a tulajdon a fa, illetve a telek tulajdonosáé, mihelyt a gyümölcs a földologtól (helyesebben a dologtól, mert a gyümölcs nem mellékdolog, hanem dologrész, *accessio*) elválnak, megszűnik rája a telektulajdonos tulajdonjoga és keletkezik egy új az *emphyteuta*, a *bonae fidei possessor* részén. A gyümölcsszerzés tekintetében legerősebb joga van az *emphyteutának*. Ha a gyümölcshezó dolog fölött A.-nak van tulajdonjoga, B.-nek *emphyteusise*, C.-nek jóhiszemű birtoka, D.-nek *usufructusa*, akkor, míg a gyümölcs a fán van, az a telek tulajdonosáé, ha leesik a gyümölcs, *per separationem* elveszti rá tulajdonjogát a tulajdonos és megszerzi az *emphyteuta*, csak ha ilyen nincs, szerzi meg a jóhiszemű birtokos, ha ilyen sincs, folytatja a tulajdonos a tulajdonát.

Ha a tulajdonos folytatja a *fructus separatuson* a maga tulajdonjogát, akkor *per perceptionem usufructuarii* elveszti a tulajdonos a maga tulajdonjogát és megszerzi *perceptióval* a haszonélvező. Arról különben, hogy haszonélvező és *emphyteuta* concurren, nem lehet szó, a kettő egymást kizárja. Leggyöngébb joga a gyümölcsre van annak, a ki csak kötelmi jog alapján van jogosítva arra, hogy valamely dolog gyümölcsét birtokba és tulajdonba vegye. Ilyen a haszonbérlet. *Iustinianus* institúcióiban ugyan úgy adja elő a dolgot, hogy a *colonus*, a haszonbérlet a haszonélvezőhöz, az *usufructuariushoz* hasonlóan *perceptióval*, egyoldalú birtokbavétellel szerzi meg a gyümölcsöt, de ez nem áll. A haszonélvező egyáltalában nem szerzi meg eredeti módon a maga tulajdonát, ő csak követelheti a bérbeadótól, hogy ez neki a gyümölcsöket átadja, traditiót követelhet. Ő tehát *per traditionem*, tehát *derivative* szerez tulajdont. Ennek az átadásnak persze nem kell kézzől kézre adásnak lennie, elég, ha a gyümölcsök régi tulajdonosa, t. i. a bérbeadó az *apprehensióba* beleegyeznek. Ha a haszonbérbeadó egyszer megtagadná az átadást, ezzel megsértené ugyan a haszonbérletet, a mi nem ide, hanem a kötelmi jogba tartozik, de azért a haszonbérlet mégsem szerzi meg a tulajdonjogot. Vegyünk egy esetet így: A haszonbérbe adta az ingatlant B.-nek. Ugyanezt az ingatlant jóhiszeműen megvette Y.-tól X. Concurrennek a gyümölcsre hárman: a tulajdonos, a haszonbérlet és a *bonae fidei possessor*. Míg az alma a fán van, az a telektulajdonosáé, mihelyt az alma separálódik, a *bonae fidei possessoré*. Most jön a haszonbérlet és tulajdonba akarja venni. Már nem lehet, mert *per separationem* már megszerezte a *bonae fidei possessor*.

A *bonae fidei possessorról* különösen meg kell jegyezni, hogy szükséges, hogy a *separatio* pillanatában jóhiszemű legyen, ne tudja,

hogy auctora nem volt tulajdonos. Szóval magát tulajdonosnak kell
 binnie. Ha ő pl. megtudja, hogy nem tulajdonos, mert nem a tulaj-
 donos adta át neki a dolgot, akkor a gyümölcshezó tehenet elbir-
 tokolja ugyan, mert az elbirtoklás tekintetében mala fides super-
 veniens non nocet, de a borjú, melyet a tehen ellik, nem lesz
 rögtön a separatióval az övé, hanem csak, ha a tehenet három év
 múlva elbirtokolta. Az elbirtoklás tekintetében azt kívánjuk, hogy
 a szerzés pillanatában legyen meg a jóhiszeműség, a gyümölcs-
 szerzés tekintetében pedig azt, hogy a separatio pillanatában legyen
 meg, mert különben nem per separationem szerzi meg rá a tulajdon-
 jogot, hanem per usucapionem a tehenel együtt. Ha tehát a tulaj-
 donos a tehenet még elbirtoklása előtt kéri vissza, a borjút is
 megkapja, ha később, egyiket sem. Ha azonban a separatio pilla-
 natában bona fide vagyok, a borjú tulajdonát rögtön megszerzem,
 tekintet nélkül arra, hogy a tehenet elbirtoklom-e valaha, vagy
 sem. Ez az egyik. A másik meg, a mit a jóhiszemű birtokosról
 tudni kell, az, hogy ha a jóhiszeműleg birtokolt tehenet tulajdonosa
 kivindicálja, akkor bár a jóhiszemű birtokos a gyümölcsön már a
 separatio által (némelyek szerint csak perceptióval) tulajdonjogot
 szerzett, mégis terheli őt egy ex lege obligatio ad restituendum, a
 még meglevő gyümölcsök tekintetében, köteles a fructus exstantest
 a tulajdonosnak traditióval visszaadni. Már az elfogyasztott gyü-
 mölcsöket (a megevett vagy eladott borjút, tejet stb.) nem köteles
 tradálni. Windscheid szerint, ha a gyümölcsöt eladta, akkor a tulaj-
 donos a vételárat is vindicálhatja. Jhering azonban helyesen veti
 ellene, hogy már a vételárat nem kell kiadni, mert ha egyszer
 nincs meg a dolog, nem támasztható ellene rei vindicatio, hiszen
 nem birtokos. Már a rosszhiszemű birtokos nemcsak a fructus
 exstantes, hanem a consumptos is köteles kiadni, ez utóbbiak helyett
 persze értéküket, vagy eladási árukat. A Dig. 41. k. 3. cím, 4. töredék
 19. §. alapján Savigny és Windscheid azt állítják, hogy a bonae
 fidei possessor csak a consumptio esetén szerzi meg a tulajdont a
 gyümölcsön, hiszen a nem consumált gyümölcsöket vissza kell adnia
 a tulajdonosnak. Csakhogy ezzel a forráshelylyel szemben egy csomó
 más áll, a mely azt bizonyítja, hogy a bonae fide emptor (possessor)
 per separationem szerzi meg a gyümölcsöt csak megterhelve
 exstans léteire egy obligatio ad restituendummal. Azután meg miféle
 tulajdonjog volna az, a mely akkor keletkezik, a mikor a dolog
 a consumptio folytán már meg is szűnt. Jhering különben azt a
 fentidézett helyet, hogy a jóhiszemű birtokos a gyümölcsöket
 akkor szerzi meg, si consumpti sint, úgy olvassa si summissi sint.
 Ez összefügg a summissio kérdésével. Ha valamely nyájban egy
 állat megellik, az csak akkor lesz gyümölcs, ha az egész nyáj
 teljes, juh el nem vészett, meg nem döglött s így a kölyökállat
 többlet, csak annyi lesz a gyümölcs, a mennyi a pótlás (sum-
 missio) után fenmaradt. A fructus tehát nem mindjárt fructus, nem

absolut, hanem relativ fogalom. A zsebemben lévő forint, lehet kamatja a takarékpénztárban levő pénzemnek, tehát gyümölcs, de lehet tőke is, ha másnak odakölcsönzöm. A fructus fogalmára még annyit kell megjegyeznünk, hogy a források szerint a rabszolganőnek gyermeke nem gyümölcs. Ennek oka részint az, hogy a gyermek csak anyja mellett nőhet fel, attól tehát külön nem választandó, részint az, hogy a rómaiak a rabszolgákat nem használták tenyésztésre, mint a mai művelt század négerkereskedői. Ők bérbe adták ugyan a rabszolgát, de csak a fructus civilis szempontjából, a rabszolgamunkát, de nem a fructus naturalis kedvéért.

81. §. Tulajdonjogkeletkeztető tények: 4. Specificatio (feldolgozás).

A dolognak physikai változása nincs befolyással a tulajdonjogra (csikóból ló lesz), még ha emberi behatás folytán is történt a változás, pl. valaki a házamat megfesti, a húsomat megsüti. De mikor emberi munka a dolgot úgy változtatja meg, hogy az gyakorlatilag más dolog, új dolog, ez befolyással van a tulajdonjogra. Mekkora elváltozás kell, hogy azt mond hassuk, hogy ez új dolog, ez quaestio facti. Ha egy dologból tehát emberi munka folytán új dolog keletkezik, a régi tulajdonjog természetesen megszűnik, és felmerül a kérdés, hogy kié ez az új dolog, kinek számára keletkezett erre az új dologra az új dologjog. E tekintetben vita volt. A sabinianusok az accessio, a proculeianusok az occupatio álláspontján álltak. A sabinianusok szerint a régi dologhoz járul új munka, minthogy pedig accessio sequitur suum principale tehát az új dolog a régi dolog tulajdonosáé. Quod ex meo corpore fit, meum est. A proculeianusok szerint az új dolog res nullius et fit primi occupantis. A sabinianusok álláspontja primitív gazdasági alapú, a hol t. i. az anyag tulajdonosa egyszersmind a munkás is, azután a munka is primitív, úgy, hogy az anyaggal szemben nem is jön számba. Az ipar fejlődésével más lesz a helyzet. A munka értéke, becse nagyobb lesz, a munkás is más lesz, nem az anyag tulajdonosa. Ezért a proculeianusok azt mondják, hogy nem az anyag a fő, hanem a munka, a munkás lesz tehát az új dolog tulajdonosa. Különben a két iskola nézeteltérését nem szabad a mai tőkés és munkás közti harcnak felfogni, mert a rómaiaknál a munka nem volt külön termelési tényező. A munka náluk csak rabszolgatőke volt. Náluk tehát két tőke állott egymással szemben: munkatőke és anyagtőke. A proculeianusok különben nem a munka megbecsülése miatt döntöttek a munkás mellett. Ők helyes döntésüket helytelenül okolják meg. Azt mondják, hogy az új dolog res nullius, a ki először occupálja, azé lesz. Ez az első occupáló pedig rendesen az új dolog készítője. Ha azonban én bevárom a pillanatot, a mikor a dolog készen lesz és előbb teszem rá a kezemet, mint a készítő, én lévén az occupáló,

a dolog az enyém lenne a proculeianusok szerint. Ez pedig absurd álláspont.

Iustinianus, mint egyebükt is, itt is közvetített, a két szélső álláspontot összeegyezteti, de az ő döntése a legtarthatatlanabb. Szerinte a tulajdonjog kérdésében az a döntő, vajjon a dolog *in pristinum formam reverti possit*? Ha igen, akkor az anyag tulajdonosáé lesz az új dolog, ha nem, akkor a munkásé. Ez tarthatatlan, mert ha értéktelen anyagból csinálunk remek szobrot, az az anyag tulajdonosáé, ha pedig márványból kontár művet, akkor az enyém, a szobrászé. A suszter, a szabó ipari munkáját védi, de már az ezüstöntőét, az ötvösét nem. Nincs tehát eldöntve az az elvi kérdés, vajjon az anyag, a tőke, vagy a munkás védetik-e.

A digesták Iustinianus döntése alapján állanak, de két módosítással. Ha t. i. az anyag csak részben volt idegen, részben pedig a munkásé, akkor az új dolog a munkásé, még ha vissza is vihető az eredeti anyagra. A másik módosítás pedig az, hogy a munkás csak akkor nyeri meg az új dolog tulajdonját, ha jó hiszemben specificált. Ha a munkás részben idegen, részben a maga anyagát dolgozta fel, de rosszhiszeműleg, akkor *condominium* jön létre, kétség esetében egyenlő része.

Ha a jogrend nem állítana fel szabályt a specificatióra, akkor kényszerhelyzetben volnánk: *condominiumot* kellene megállapítani a különböző anyagtulajdonosok közt. Pl. A. rongyából csinál B. a maga anyagának hozzáadásával papírt, ebből az állam a maga anyagának hozzáadásával (nyomdafesték stb.) csináltat papírpénzt. Ha szabály nem volna, logikailag ez a papírpénz A., B. és az állam közös tulajdona volna. A jogrend elvi döntését tehát a forgalom biztonsága megkívánja. A specificatio is tehát egyik esete annak, ép úgy mint a kincstalálás, az elbirtoklás, hogy a tulajdon *in infinitum* keresztül nem vihető. A hol logikailag több tulajdonos volna, ott a kisebb érdeket alá kell rendelni a nagyobbak. A tulajdon csak addig terjed, míg ezt a gyakorlati érdek megengedi. A tulajdont annak adjuk, a ki mellett nagyobb érdek szól, de kötelmi úton kötelezzük őt arra (t. i. a specificatio esetén, de ott se mindig), hogy az ez által jogában sértettnek kielégítést, kártérítést adjon, a minnek elérésére a károsult *condictio sine causat* kap.

A specificatio tényállása a következő elemekből áll:

1. Új dolognak kell előállíttatnia. A digesták példája: olívából olaj, szőlőből bor, gyapjából szövet stb. állíttatik elő, borból és mézből borméz, gyöngyökből ékszer készül. Modern példák: rongyból papír, lisztből kenyér, papírból váltó, vászonból kép készül. Nem specificatio a dolognak pusztán részekre való bontása, a gabona kicséplése (a dig. erre nézve eltérnek az institutióktól, mértékadó a digesták). A mészárlás sem specificatio a digesták szerint, a mi azonban nem olyan kétségtelen. Nem sp. a dolognak szebbé, hasznosabbá tétele, pl. a pad megfestése stb. Hoffmann Pál egy a spe-

cificatióról irt értekezésében megkísérlett elvet felállítani arra nézve, hogy mikor lesz újjá a dolog, de ez lehetetlen.

2. *Ingó* dolog dolgoztatott légyen fel. Az erdő felszántása nem specificatio, telken való házépítés sem az, bár a közélet felfogása szerint az nem házas telek, hanem ház, új dolog.

3. Feldolgozás, *emberi munka* kell. Természeti erők által létrejött változás nem specificatio. De hogy hol kezdődik az emberi munka, helyesebben, minthogy minden emberi munkánál a természet is közreműködik, hogy mikor van az emberi munka túlsúlyban, az *quaestio facti*. Nem specificatio a tojás mesterséges kiköltése, nem feldolgozás a puszta rombolás, nem az egy ezüstbillikom beolvasztása sem, de a beolvasztott ezüsből ugyanazon billikom készítése már az. Megjegyzendő különben, hogy *specificálni képviselő* által is lehet, a szabó segédje által specificálja a posztót ruhává.

4. *Jó hiszem* kell, abban a hitben kell feldolgoznom a dolgot, hogy az az enyém, hogy a magamét dolgozom fel. Vannak, a kik ezt tagadják. A források tényleg nem is említik kifejezetten, hanem csak közvetve. (Fr. 12. §. 3. Dig. 10, 4; Fr. 4. §. 20. Dig. 41, 3; Fr. 52. §. 4. Dig. 47, 2.) De lege ferenda helyes álláspont.

Ha már most így idegen dologból jóhiszeműen új dolgot készítettem, specificáltam és ezzel az új dolog tulajdonát megszereztem, eldöntendő a kérdés, hogy az anyag tulajdonosa felléphet-e ellenem kártérítésért. Itt meg kell különböztetnünk. Ha az anyagot tulajdonszerzésre alkalmas módon szereztem, de a tulajdonjogot nem a magam, hanem auctorom hibájából nem nyertem meg (ő sem volt tulajdonos), azaz mikor nekem titulusom van, cum titulo dolgoztam fel az anyagot, akkor az anyag tulajdonosa tőlem semmit sem követelhet, ép úgy, mint a hogy elbirtoklás esetén sem követelhet. Ha azonban sine titulo specificáltam, vagy titulo putativo (én azt hiszem, hogy tulajdonszerzésre alkalmas szerzősmódon kaptam az anyagot, holott az nem volt alkalmas a tulajdonszerzésre), ilyenkor az anyag tulajdonosa a specificáló ellen *condictio sine causával* élhet. A rosszhiszemű feldolgozó nem szerzi meg az új dolog tulajdonjogát, az az anyag tulajdonosáé lesz, a ki a feldolgozó ellen *rei vindicatiót* (még ha ez tovább is adta a dolgot, de ő *fictus possessor*), *actio furtit*, *condictio furtivát* indíthat.

82. §. Tulajdonjogkeletkeztető tények: 5. Elbirtoklás.

A tulajdonjog, valamint a többi *iura in re*, kivéve a zálogjogot, elbirtokolhatók. Már elévülés nincs meg a tulajdonjognál. Puszta *non usus* által a tulajdonjog nemvész el (kivétel csak a már említett *ager desertus*). De igenis elvész az által, hogy más valaki az én dolgomat huzamos időn keresztül kizárólagos használat által elbirtokolja. (Elbirtokolja a dolgomat, ad *figuram elszereti* a szeretőmet.) Még a tárgyi jog terén is *abususból* lesz *usus*, jog (a

szokás törvényrontó ereje). Így az alanyi jog terén is. Ha valaki az én jogomat huzamosabb időn keresztül gyakorolja (helyesebben: az én jogomnak megfelelő gyakorlást folytat az én dolgomon, röviden: birtokolja), akkor a világ végre is ő neki adja a jogot is. Így meghajlik a jog a tények előtt más esetekben is, pl. a kincs-nél, a specificationál. Ez az elbirtoklás jogintézményének egyik oka. A másik az, hogy az elbirtoklás magának a jogosultnak is hasznára van. Bizonyos idő múltán neki sem kell más jogszerzésre hivatkozni, a mi nehézkes, hanem csak az elbirtoklásra. A tulajdonosnak ugyanis a maga jogának bizonyítása céljából nemcsak a maga tulajdonjogára kell hivatkoznia, hanem elődjére is, mert ha az nem volt tulajdonos, ő sem az, és így végig kell bizonyítania visszafelé a tulajdont, a míg egy originaer szerzésre nem akad, pl. a tizedik elődje occupálta a dolgot. Ez a bizonyítás szemmel láthatólag igen nehéz (probatio diabolica) és azért a jog segít rajta. Az elbirtoklás eredeti jogszerzés lévén, ő is erre fog hivatkozni mint tulajdonjoga alapjára, ha t. i. egyéb tekintetben az elbirtoklás feltételeinek megfelelt, kellő ideig birtokolta a dolgot, sőt a praetor már előbb is fictióval felruházta őt az elbirtoklás joghatásával (actio Publiciana, erről később). Ily módon ez az intézmény, a mely alapján a tulajdonos ellen irányul, erős támpontjává lesz neki, a mennyiben nemcsak új tulajdont keletkeztet, hanem subsidiaer jogcímet ad. Ily értelemben mondják a források (l. 3. Dig. 41. 3.) usucapio est adiectio domini, a dominium csak hozzájárul az eddigi joghoz. A birtokállapot biztonsága és a tulajdonosnak nyújtandó subsidiaer (minden más mögött rejlő) jogcím: ez a kettő az elbirtoklás legislatív politikai értéke.

Az elbirtoklás története. A római jogi elbirtoklás történetében 3, sőt 4 stadiumot kell megkülönböztetni.

Már a XII táblás törvény ismerte az elbirtoklást. *Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus esto.* (Usus jelenti a possessiót, a birtoklást, auctoritas az evictiót, szavatosságot, a mivel az eladó a vevőnek, a possessornak tartozott, hogy a dolgot tőle senki sem fogja elperelni. Az ususauctoritas kifejezés már most azt jelenti, hogy minthogy a vevő a dolgot elbirtokolta, tulajdont szerzett rá, tehát már maga védheti magát esetleges támadásokkal szemben, az eladó nem tartozik többé szavatossággal, auctoritással. Innen van, hogy az elbirtoklás és szavatosság ideje egyenlő.) A XII táblás törvény szerint tehát ingó egy, ingatlan két év alatt volt elbirtokolható. Ez az usucapio. De ez a szabály csak a régi római tulajdonra vonatkozott, a mely tárgyilag a *res mancipi*re, *fundus Italicus*ra, sőt előbb csak *Latinus*ra volt korlátozva, alanyilag római polgárra.

A pún háború után, hogy a provinciában künn levő rómaiak is megvédessenek, nem ugyan az ottani telek s egyéb dolgok tulajdonában (mert a *fundus provincialis*on *quiritar* tulajdona csak a

római államnak lehetett), hanem birtokában és haszonélvezetében, quasi tulajdonában, a praetor nekik az ellenök indított kereset ellen praescriptio longi temporis adott. Ez az illető possessor- és usufructuariust 10 évi használat után illette meg. Ha azonban az illetők, t. i. a tulajdonos és a használó nem egy provinciában laktak, absentes (hogy a telek hol fekszik, közömbös), akkor a távol töltött idő duplán számított, úgy hogy legrosszabb esetben a praescriptio 20 év után volt csak emelhető. Ez a praescriptio longi temporis nem szüntette meg a régi tulajdont és a használó nem nyert új tulajdonjogot, hatása csak az, hogy a régi tulajdonos keresete elévült. A császárok ebből possessio longi temporis csináltak, azaz a használó ez idő letelte után nemcsak excipiendo védhette magát, hanem maga is nyert keresetet, tulajdonos lett. Ez tehát már nem igen elévülés, hanem elbirtoklás volt.

II. Theodosius behozta az általános keresetelévülést a praescriptio longissimi temporis, a melyet még a rosszhiszemű birtokos is (az usucapio, praescriptio és possessio longi temporis esetében a rosszhiszeműség akadály volt) emelhetett 30 év eltelte után a tulajdonos keresetével szemben. Ez persze csak igényelévülés volt, de nem elbirtoklás.

Justinianus idején a civis Romanus és peregrinus közt a különbség már megszűnt (Caracalla a III. század elején szüntette meg), de az usucapio, az elbirtoklás tekintetében még mindig megvolt a sokféle intézmény. Ezeket Justinianus egyesítette és csinált belőlük egy rendes és egy rendkívüli elbirtoklást.

Rendes elbirtoklás. Ebben Justinianus az usucapiót és a longi temporis possessiót egyesítette és csak az időben tett változást. Ingatlanok tekintetében 10, illetve 20 évi elbirtoklást hozott be, vagyis megtartotta a longi temporis possessio elbirtoklási idejét tekintet nélkül arra, hogy a telek hol fekszik, az ingók tekintetében pedig az usucapionalis két idő összegét $2 + 1$ évet = 3 évet hozta be. Ezentúl tehát az ingatlan, akár itáliai, akár provincialis, inter praesentes 10, inter absentes legfőlebb 20 év alatt, ingó pedig szintén tekintet nélkül a helyre 3 év alatt volt elbirtokolható. Az itáliai telek elbirtoklási idejét meghosszabbította 2 évről 10—20 évre, provincialis telekét meghagyta, itáliai ingóét meghosszabbította 1 évről 3-ra, provincialis ingóit megrövidítette 10—20-ról 3 évre. Megtartotta a rendes elbirtoklás elemeit a bona fides, iustus titulus és res habilis. A név tekintetében azonban nem határozott, megtartotta mindkét nevet, úgy hogy a corpus iurisban usucapio és longi temporis possessio ugyanazt jelenti. A középkor óta ezt usucapio vagy praescriptio ordinariának hívják.

Ennek az elbirtoklásnak elemei kétfélék: kellékek és akadályok.

A) Kellékei: 1. Kellő időn át folytatott birtok. Rendesen külön veszik a birtokot (possessio) és az időfolyást (lapsus temporis). Ez azonban nem két külön dolog, a kettő nem kettő, hanem

egy. A birtoknak jogi birtoknak kell lennie, pusztá detentio nem vezet elbirtokláshoz. Ily jogi birtokot, mint láttuk, bizonyos causa által nyerünk és vagy magunk, vagy detentorunk által gyakorolhatjuk. Elbirtokoljuk tehát a dolgot, bár bérbe adtuk. Vannak esetek, hogy elbirtokoljuk a dolgot a nélkül, hogy az egész időn keresztül birtam volna a dolgot. Ezek az accessio temporis vagy possessionis esetei. A jog fictióval úgy tekint engem, mintha a dolgot birtam volna, holott tényleg nem birtam az egész időn keresztül, hanem más valaki. Ez a más valaki lehet:

a) Auctoraim: ha derivatív szerzéssel kaptam a dolgot, auctoraim elbirtoklási ideje hozzászámíttatik ahhoz az időhöz, a meddig én birtam a dolgot. Ezek közt az auctorok közt én is lehettem. Pl. a dolgot én eladtam A.-nak, A. eladta B.-nek, B. nekem. Ha mindnyáján bonae fidei possessorok és iusto titulo voltunk, összes birtoklási időnk számít. Nem elég tehát, hogy az első szerezte bona fide és iusto titulo a dolgot, hanem szükséges, hogy mindegyikünk szerzése bona fide és iusto titulo történt legyen s így, ha csak az egyik is rosszhiszemű, utána új elbirtoklás következik. Épen ez a különbség a között, ha singularis successio útján jutottam a dolog birtokába, és a között, ha universalis successio útján kaptam meg a dolgot, melyet auctorom bona fide és iusto titulo birt. Ez utóbbi esetben nem szükséges, hogy én is bona fide és iusto titulo birjam a dolgot, vagyis nálam nem valósul meg külön condicio usucapiendi, hanem successio in usucapionem forog fenn, holott a singularis successio esetéu, nem successio in usucapionem, hanem usucapionis van csak. Az örökhagyó halálával tehát a hereditas iacens stadiumában is folytatódik a condicio usucapiendi. A kánonjogi és a mai praxis az ellenkező álláspontot fogadta el. Miután a kánonjog szerint mala fides superveniens nocet, az universalis successor részén is megkivántatik a bona fides.

b) *Utódaim, successoraim* birtoka is gyakran hozzászámíttatik az én birtokomhoz. Így: α) én el- és átadom a dolgot X.-nek, az ügyletet azonban később stornirozzuk és én visszakapom a dolgomat. Ez esetben az át- és visszaadás közti idő is hozzászámíttatik az usucapio idejéhez. β) Én a dolgomat X.-nek zálogba, emphyteusisba, precariumba, sőt az uralkodó tan szerint, ha superficiesbe adom, akkor valójában X. a possessor (Savigny szerint possessor derivativus, rendes neve: possessor ad interdicta), én pedig csak névleg vagyok possessor (possessor directus vagy ad usucapionem). Ha valaki a dolgot tőle elveszi, én az ellen fel nem léphetek, csak ő, tehát ő birtokos és nem én. Mégis, ha én a zálogba adott dolognak csak birtokosa voltam (t. i. a zálogbaadás előtt), az az idő, a mely alatt a dolog nála van, az én birtoklási időmhöz hozzászámíttatik. Tehát utódom possessiója accedál az én possessiómhoz. Ettől különbözik, ha a dolgot a bérlőnek adom, mert ott én vagyok a possessor, a bérlő csak detentor.

2. Megkivántatik másodszor iustus titulus. Kell, hogy a dolgot oly ténnyel kaptam legyen, a mely tulajdonszerzési tény, azaz javamra szóló tulajdonkeletkeztető vagy változtató tény. Ha ez a tény teljesen rendben folyt le, ha hibátlan, akkor a tulajdont már e tény alapján megszerzem, de még ez esetben is megszerzem elbirtoklás által is. Kizárólag elbirtoklás alapján szerzem meg a tulajdonjogot, ha ez a tény hibás. A legszokásosabb hiba, mikor az auctor maga nem tulajdonos. Ez esetben, ha az ügylet teljesen rendben ment is, én a nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet elvénél fogva a ténnyel nem kapom meg a tulajdont. De lehet az a hiba is, hogy ő tulajdonos, de nincs jogosítva a tulajdonjog elidegenítésére (ha furiosus stb.), az actus külsőleg rendben van, de belső hibában szenved. Az institutiók szempontjából a szerzés még egy harmadik hibában is szenvedhetett: ha t. i. egy res mancipit nem mancipatióval vagy in iure cessióval, hanem csak traditióval adtak át. Ez esetben a szerző csak bonítar tulajdont nyert és csak az elbirtoklás leteltével nyerte meg a civiljogi, a quiritar tulajdont (tehát a ius Quiritiumot birtokolja el). Már most kérdés, hogy melyek azok a tények, a melyek az elbirtoklás iustus titulusai. A legfontosabb a traditio. De minthogy magának a traditiónak ismét vannak titulusai, causái, a traditio csak bizonyos causából történő modus acquirendi, a források a traditio helyett a mögötte álló causáról beszélnek. Tehát a helyett, hogy a pro traditióról szólnának, szólnak pro emptore (Dig. XLI. 4.), pro legato (Dig. XLI. 8.), pro dote (Dig. XLI. 9.), pro donato (Dig. XLI. 6.) (Szólnak a források külön pro soluto is, de ez logikailag helytelen. Mert, míg az eddigi titulusok pl. pro emptore az átvevő szempontjából vannak elnevezve, addig pro soluto az átadó szempontjából indul ki. Azután a pro solutóban benne van a pro emptore stb. is mind, hiszen a solutio az nem valami külön a traditiót megelőző tény, hanem a traditio, quoad kötelemszüntető tény, solutio. A traditio nem modusa a solutióknak mint titulusnak, hanem csak egyik formája. Ha tehát az adós solutio céljából, hogy t. i. kötelmét teljesítse, traditiót visz véghez, akkor itt nem két jogügylet van, t. i. solutio és traditio, hanem csak egy, a melyet abból a szempontból, hogy kötelemszüntető tény, solutióknak, abból a másik szempontból pedig, hogy t. i. tulajdonváltoztató tény, traditióknak nevezünk). Szólnak még a források pro derelictóról (Dig. XLI. 17.) is, ez is helytelen, mert én a dolgot nem pro derelicto, hanem pro occupato birom. (Ez fölöslegesnek látszik első pillantásra, hisz ha pro occupato birtoklom a dolgot, akkor mindjárt tulajdonos is vagyok. De mindjárt nem fölösleges, ha arra gondolunk, hogy nem a tulajdonos derelinqualta a dolgot. Végül említik még pro herede (Dig. XLI. 5.) és pro suo (Dig. XLI. 10.). Ez utóbbi voltaképen minden titulusra ráíllik és a források oly titulusok megjelölésére használják, melyekre specialis elnevezés nem volt.

Ezek mind titulus verusok, a tulajdonszerző tény végbement, csak valami hibában szenvedett. Ezzel szemben áll a titulus putativus, mikor még tulajdonszerzési actus sincs, mikor a birtokló csak azt hiszi, hogy tulajdonszerző ténynyel nyerte a dolgot, pedig ily tény nem forgott fenn. Kérdés, hogy ily titulus putativus elegendő-e az elbirtokláshoz? Nem. A későbbi classicus római jog azonban ezt is elegendőnek tartotta, ha a birtokos hite megokolható, menthető volt. Némelyek titulus putativus alatt a megtörtént, csak hibás actust értik. Így értve természetesen elegendő a titulus putativus is.

B) Az elbirtoklás akadályai. Az elbirtoklás kellékei közé szokták sorozni a bona fides-t, a tempust és hogy a dolog res habilis, elbirtoklásra alkalmas legyen. Ez helytelen. Ezek nem kellékek, a melyeknek fenforgását kellene bizonyítania az elbirtoklásra hivatkozónak, de ha nincsenek meg, akkor akadályok, a melyeket az elbirtoklást tagadónak kell bizonyítania. Ilyen akadályai az elbirtoklásnak a mala fides és res non habilis, mint olyan akadályok, a melyek fenforgása esetében elbirtoklás meg sem kezdődik, velük szemben vannak olyan akadályok, a melyek a már egyszer megkezdett elbirtoklást megakasztják vagy megszakasztják, tehát közbejövő akadályok.

1. Mala fides: a mikor a dolgot birtokomba vettem, tudtam vagy rendes gondolkodás mellett tudnom kellett, hogy ennek a ~~dolognak~~ az elsajátításával jogtalanságot követtem el. Ennek a mala fidesnek a birtokszerzés pillanatában nem szabad fenforognia, különben meg sem kezdődik az elbirtoklás. Nem áll azonban az, a mint rendszeren tanítani szokták, hogy a birtokszerzés pillanatában jóhiszeműnek kell lennem. A források sem mondják, hogy bona fides necessaria est, hanem azt mondják, hogy mala fides nocet. Rendszerint a dolog úgy lesz, hogy ha bona fide vagyok, nem vagyok mala fide. Abban, hogy azt hiszem, hogy a birtokszerzéssel tulajdonos lettem, rendszerint az is benne van, hogy nem tudom, hogy nem vagyok tulajdonos. Mert ha tudom, hogy nem vagyok tulajdonos, az már mala fides és így nem lesz elbirtoklás sem. Az usucapio tehát nem jogügylet, nem szándékolt joghatású tény, sőt ellenkezőleg, nem szabad szándékolnom a joghatást, nem szabad akarnom elbirtokolni. Néha azonban a jóhiszemű fenforgása még nem jár azzal, hogy nem vagyok mala fide, azaz nem elég az elbirtokláshoz a bona fides, hogy én tulajdonosnak hiszem magamat. Ha ön átad egy lovat, melyről azt hiszem, hogy az öné és így azt hiszem, hogy tulajdonomba ment át (bona fides), de tudom, hogy ön nem köteles nekem adni a dolgot (mala fides), akkor, ha ön nem tulajdonos, én a jó hiszem dacára sem fogom elbirtokolni a dolgot, mert rosszhiszemű vagyok. Néha ezzel szemben a jóhiszemű nem is kell (az előbbi példában nem volt elég). Ha ön pl. házat ad át nekem, de telekkönyvi bejegyzés nélkül, akkor tudom, hogy

magyar jog szerint nem vagyok tulajdonos (nem vagyok bona fide), mégis elbirtokolhatom, mert nem vagyok mala fide sem.

A mala fides csak akkor akadály, ha a birtokbavétel pillanatában forog fenn, később nem. Mala fides superveniens non nocet. Mégis, ha a birtokbavételt képviselő útján viszem véghez, a mala fides a scientia domini alapján ítéltetik meg, még pedig akkor nem szabad fenforognia, mikor a képviselt a birtokbavételről értesült, tehát nem a birtokbavétel pillanatában, hanem később. Az elbirtoklási idő is csak e perctől fogva számít. Különös szabály, hogy az emptio venditio esetén a mala fides hiányának nemcsak az átadás pillanatában kell fenforognia, hanem a szerződéskötés esetén sem szabad mala fide lennem. (Ennek különben ez az oka, hogy az adásvétel régente realis szerződés volt, melyben a megkötés és átadás összeesett.)

A kánonjog és a mai joggyakorlat a római jogi állásponttal szemben haladást mutat fel, a mennyiben a mala fidest akadállynak tekinti később is, nemcsak a birtokbavétel pillanatában: mala fides superveniens nocet.

Nem az elbirtoklásra hivatkozónak kell bizonyítania, hogy nem volt mala fide, hanem ellenkezőleg az ellenfélnek kell a mala fidest bizonyítania. Ez a bizonyítás persze csak közvetett lehet, csak valamely külső tényt bizonyíthat be, melyből következtetni lehet, hogy az illető tudta, hogy jogtalanságot követ el, hogy a birtokszerzés nem ment végbe rendben. Tehát nem a kérdéses elbirtoklónak valóságos tudása itt a döntő, hanem a közönséges ember a bonus pafer familias gondossága veendő itt tekintetbe, különben a szeles ember előnyben részesülne.

2. Res non habilis. Bizonyos dolgok el nem birtokolhatók. Még pedig némelyek állandóan: res extra commercium, mások múlólag. Ez utóbbiak ismét vagy tekintettel a jelenlegi birtokosra alkalmatlanok: res fisci, res dominicae (a császár és császárné dolgai), kiskorú dolgai és a holtkéz birtokai, törvényes elidegenítési tilalom alatt álló dolgok (fundus dotalis, bona adventicia regularia, a párens binubus dolgai, melyeket az első házasságból származó gyermekei javára elveszít, res litigiosae stb.). Mások ismét tekintettel arra a módra alkalmatlanok, a melylyel a tulajdonos kezéből kikerült. Ilyenek a res furtivae (odio furum nem birtokolhatók) vagy vi possessae, az ellopott, elrablott, elsikkasztott dolgok. Ezt a lex Julia és Plautia rendelte így, mivel szemben a lex Atinia úgy intézkedett, hogy a res furtivae elbirtokolhatók, ha a tulajdonos kezébe csak egy pillanatig is visszakerülnek, ú. n. purgatio vitii.

3. Vannak körülmények, melyek az elbirtoklást megszakítják (interruptio, usurpatio), mások csak megakasztják, miattuk az elbirtoklás nem szűnik meg, hanem csak szünetel (usucapio dormit).

Elbirtoklás-megszakító tények: a) A birtok elveszte bármily rövid időre (ú. n. usurpatio naturalis). Ez nagyon kemény, gyakran

igazságtalan szabály; pl. akkor, ha a dolgot tőlem ellopják és én csak egy nap múlva szerzem vissza. Azért az újabb törvények ezt csak megakasztó ténynek veszik.

b) A kánonjog és az újabb törvények szerint a mala fides superveniens.

c) Ha a dolog res extra commerciummá lett. (A dolog lehet res non habilis, a nélkül, hogy res extra commercium volna; pl. a dolog res minorissá lesz, ez azonban nem szakítja meg az elbirtoklást, hanem csak megakasztja.)

Sokan a keresetindítást, a rei vindicatiót is ide számítják (ú. n. usurpatio civilis), de ez helytelen: az elbirtoklás a per alatt is folyik és bevégezhető. Ha a bíró azt látja, hogy a litio contestatio szerinti helyzet alapján a dolog a felperest illeti, akkor alperest, az elbirtoklót csak obligatio ad restituendummal terheli (ép úgy mint a jóhiszemű birtokost a percipiált gyümölcsök restitúciója terheli). Ez helyes is, mert különben mindenki megakaszthatna elbirtoklásomban.

Ezeknél a megszakító tényeknél az elbirtoklás megszűnik. Ha azonban az ok megszűnik, újból kezdhető az elbirtoklási idő, új titulus nem kell, de mala fide nem szabad lenni. Ez ma persze nem jön tekintetbe, mert ma nemcsak az elbirtoklás kezdetén árt a mala fides, hanem később is.

Elbirtoklás-megakasztó tények. Agere non valenti non currit praescriptio. Azokban az esetekben, a mikor a tulajdonos obiectiv okokból keresetet nem indíthat, nem folyik az elbirtoklás sem (ez az elévülésre is áll). Ilyen tények: a) a dolog res inhabilissé, pl. res fiscivé, minorissá lesz, b) a dolog bizonyos különös helyzeténél fogva nem vindicálható pl. a tignum iunctum.

Rendkívüli elbirtoklás. A longissimi temporis possessio a longissimi temporis praescriptioból, a rei vindicatioval szemben emelhető elévülési kifogásból fejlődött. Justinianus ugyanis annak, a ki a tulajdonos rei vindicatiojával szemben az exceptio triginta vel quadraginta annorummal célzott ért, a birtok elvesztése esetén actiōt is adott in rem (actionem ad vindicandam eam rem). A rendkívüli elbirtoklásnak nem kelléke a iustus titulus, de igenis akadálya a mala fides. (Ha tehát valaki titulus nélkül ugyan, de nem mala fide szerez be egy dolgot, 30 év alatt nemcsak exceptióval védekezhetik elévülés alapján, hanem megszerzi a dolog tulajdonát is. De ha A. rosszhiszeműen szerezte a dolgot, 7 év múlva eladja B.-nek, akkor accessio temporis van ugyan az elévülésben, és így B. ellen 23 évi birtoklás után rei vindicatiót nem indíthatok, ha ő A.-tól a dolgot nem mala fide szerezte, különben az elévülés nála újból kezdődik, de még ha nem is szerezte mala fide, még sem birtokolja el a 23 év alatt, mert auctora mala fide volt. Lesz tehát elévülés, de elbirtoklás nem.) Akadály továbbá az is, hogy a dolog extra commercium van, hogy gyámság vagy gondnokság alatt állóé,

hogy *bonum adventicium regulare*, hogy *fundus dotalis*. Már hogy a *res furtiva* akadály-e a rendkívüli elbirtoklásnak, vitás; Dernburg, Arndts szerint nem. Az egyházak, a császár, császárné, *fiscus*, *pia causa* alapítványok dolgai el voltak ily módon birtokolhatók, de csak 40 év alatt.

Függelék. A régi *ius civile* szerinti elbirtokláshoz (*usucapio*) is megkívántatott a *iustus titulus* és akadály volt a *mala fides*. Ez alól azonban következő kivételek, rendhagyó elbirtoklások állottak fenn:

1. *usucapio pro herede* (l. az örökjogban);
2. *usureceptio* (vagy *usucapio*) *ex Rutiliana constitutione*. A ki egy nőtől gyámja közreműködése nélkül *res mancipit* vesz, elbirtokolja a dolgot, ha egy év letelte alatt a vételért vissza nem kapja;
3. *usureceptio ex praedictura*. Ha a *fiscus* egy neki zálogba adott dolgot a tartozás fejében valakinek (ú. n. *praedictornak*) elad, de ez a dolgot egy illetve két évig a zálog volt tulajdonosának nyugodt birtokában hagyja, ez utóbbi a dolog tulajdonát ismét megnyeri;
4. *usureceptio ex fiducia*. Egy évi birtoklással ismét tulajdont nyer az, a ki egy harmadikra a dolog tulajdonát *mancipatio* vagy *in iure cessio* alakjában *sub pactum fiduciae* átruházta, tehát azzal a kikötéssel, hogy ez ismét reá remancipálja, vagy *in iure cessio*val visszaadja, ha az a harmadik e kötelezettségének eleget nem tett.

83. §. Tulajdonkeletkeztető tények: 6. Egyéb tények.

Pecuniae consumptio. Ha az én pénzemhez másnak a pénze vegyül, akkor *commixtio*ról kellene beszélni, a miből *condominium* származnék. A római jognak nem ez az álláspontja, hanem kiindulva abból, hogy a pénz *res consumptibilis*, elhasználható dolog, a mely a kiadással már *consumálva* is van a tulajdonos részéről (hiszen rendeltetése a kiadás), úgy rendelkezik, hogy az én pénzemhez vegyült pénz kizárólag az enyém, és hogy az a hozzákeveredés originaer jogszerző tény. A pénz volt tulajdonosának ellenem nincs *rei vindicatio*ja, csak *condictio sine causája*. Ez se mindig, ha t. i. adósom volt.

Insula in flumine publico nata. Ha a folyóban egy sziget keletkezik, *quod frequenter accidit* (a források szerint, bár nem igaz), az nem *occupatio* tárgya, mint az *insula in mari nata*, hanem a partmenti telkek tulajdonosaié lesz *ipso facto*. A felosztás úgy történik, hogy a folyó közepén folyásával egy irányban húznak egy vonalat; a mi a szigetből a vonal jobbán fekszik, az a folyómenti jobbparti ingatlanok tulajdonosaié ingatlanaik folyómenti hossza arányában, a vonal balján fekvő szigetrész ugyanígy a balparti tulajdonosoké. Ha ezek a partmenti tulajdonosok el is vannak utazva, mégis megszerzik a sziget tulajdonjogát, a nélkül, hogy birtokot szereztek volna. Az *insula in flumine nata* tehát nem *occupatio* tárgya, nem *res nullius*, keletkezése pillanatában már *vi legis* van tulajdonosa.

84. §. Tulajdonváltó tények (tárgyi tekintetben).

A tulajdonjog a maga főbb vonatkozásaiban ugyanaz marad, csak lényegtelen jegyeiben változik. Két tekintetben lehet változás: alanyi és tárgyi értelemben. Tárgyi változás, azaz a tulajdon tárgya (élvezeti obiectuma), a dolog változik, pl. nagyobbodik, de maga a tulajdonjog ugyanaz marad. Alanyi változásról pedig minden successio esetében van szó.

1. **Accessio.** A tulajdon tárgyi változásának legnevezetesebb esete az *accessio*. Ha egy dolog más dologgal testi kapcsolatba jut úgy, hogy amazzal ezentúl együtt csak egy dolgot, de oly dolgot, a milyen az első volt alkot, az *accessio*. „A” dolog + „B” dolog ugyanoly dolog lesz, mint „A”, csak nagyobb. Ezt a tény, a hozzájárulás tényét *accessiónak* nevezzük. De *accessiónak* nevezzük a hozzájárult dolgot, a „B”-t is, a mely az *accessio* ténye előtt dolog volt, a hozzájárulás után pedig megszűnt az lenni.

Két dolog másképp is járulhat egymáshoz, egymáshoz járulása nem mindig *accessio*. Még pedig a következő esetek lehetségesek:

1. Különböző dolgok puszta keveredése pl. két nyáj, vagy könyvek keverednek össze. Ennek nincs jogi jelentősége.

2. *Confusio, commixtio, adiunctio* esetei. Több dolog oly szorosán keveredik össze, hogy az egyes részeket practice elválasztani nem lehet. Két zsák liszt kétféléből keveredik össze, nagyobb bab összekeveredik kisebbel. Ez nem *accessio*, mert $A + B$ nem A, sem nem B, hanem $A + B$.

3. *Specificatio*. Két dolgot oly módon egyesítek, hogy $A + B$ nem lesz sem A, sem B, sem $A + B$, hanem új dolog: C.

4. Egy bizonyos dolog, mint fődolog céljaira, szánok egy mellékdolgot, pl. a szemüveghez a tokot, hegedűhöz a vonót, csónakhoz a lapátot. Itt A is van, B is van, de nem képeznek egy dolgot. Az ilyen mellékdolog, vagy segéddolog neve *tartozék, pertinentia* (Megjegyzendő, hogy az *accessiót* is némelyek mellékdolognak nevezik. Ez helytelen, az nem mellékdolog, az egyáltalában nem dolog, hanem dologrész.) A *pertinentiának* csak interpretationalis fontossága van. Ha a szemüveget megvettem, ebből in dubio az is folyik, hogy a tokját is meg akartam venni.

Mindezekről megkülönböztetendő az *accessio*, a hol $A + B = A$. B *consumitur unitate maioris partis*. *Accessióról* kétféle értelemben beszélünk. Van t. i. erős és gyenge accessio. Lehet, hogy B egyesül A-val úgy, hogy ebből B aránytalan költség nélkül önálló dologgá vissza sem állítható, ez az erős *accessio*. Lehet másrészt, hogy A és B most egy dolog ugyan, még pedig A, de B visszaállítható, ez a gyenge *accessio*. A kocsikerekektől csak kocsit, de a kereket ki lehet venni, ezért gyenge *accessio*. Már a bemázolt ajtóról a mázat levenni, a festéket különválasztani nem lehet.

A kétféle *accessio* jogi kezelése különböző. Az erős *accessio*

szabálya, hogy a részsze lett dolgon volt tulajdonjog megszűnik, mert megszűnt dolognak lenni, és az én dolgom nagyobbodik. Így, ha az ültetett fa organikus kapcsolatba jön a földdel, a fán eddig fennállott tulajdon megszűnik, de azért a föld tulajdonosa nem nyer tulajdonjogot a fán, hanem csak a földön lévő tulajdonjoga nagyobbodik tárgyi tekintetben, nagyobb lesz a fával. A gyenge accessióval megmarad a részen a tulajdonjog ezentúl is, csak hogy azon elvétel fogva, hogy egy dolog egy vindicatio, a házamban lévő ajtót a tulajdonosa nem vindicálhatja, tulajdonjoga nyugszik (dormit). Ha az ajtó ismét különválik, tulajdonjoga ismét feléled, megindíthatja a rei vindicatiót. Sőt míg házamban van az ajtó, is felléphet actio ad exhibendummal, melylyel azt követeli, hogy az ő dolga elválasztandó, és ez után megindíthatja a rei vindicatiót is. Ilyen ez eset a gyökeret nem vert fánál is. Ha a dolog (gyenge accessiójával együtt) harmadik kézbe kerül, akkor én a dolog tulajdonosa, egy vindicatioval követelhetem az egész dolgot (gyenge accessiójával együtt) és az a harmadik nem emelheti ellenem az exceptio ex iure tertii, t. i. azt a kifogást, hogy a dolog egy része nem a tied, hanem másé. Ha persze ennél a harmadiknál a gyenge accessio különválik az én dolgomtól, én csak az én dolgomat követelhetem, a volt gyenge accessiót csak tulajdonosa követelheti. A gyenge accessióban lévő dologrészen a birtokjog a fődolog birtokosáé, de nem mint külön birtokjog, hanem mint a fődolog birtokjoga. Mint külön dolgon, mert nem az, egyáltalában nincs rajta birtok. Ha már most az én dolgom a hozzája gyenge accessióval járult dologgal, mely tehát most dolgom része, együtt önhöz, a gyenge accessióval dolgomhoz járult résznek tulajdonosához kerül, én az egészet vindicálhatom, de ön retentióval élhet, sőt ius tollendije van, kiviheti a maga dolgát. (Ilyen gyenge accessio van a római jog szerint, ha az én dolgom (juhom, könyvem) az ön universitas rerum distantiumába (könyvtár, nyáj) kerül. Ha tehát a nyáj harmadik kézbe kerül, mint-hogy a nyáj egészet képez, a nyáj tulajdonosa nemcsak minden juhot külön követelhet, hanem egy rei vindicatioval (vindicatio gregis) követelheti az egész nyáját, közte az én belekeveredett juhomat is. Ha azonban a nyáj hozzám kerül, én retentióval, illetve ius tollendivel élhetek, a magam juhát kivehetem. Ha én lépek fel ellene, actio ad exhibendummal az én juhom különválasztását kell kérnem, csak azután indíthatom a rei vindicatiót.)

Némelyek a gyenge accessio esetében nem dominium dormienset látnak fenforogni, hanem dominium revocabilet, t. i. tulajdonosa az accedált dolognak az egész dolog tulajdonosa, mint ilyen, de tulajdona megszűnik, illetve visszaszáll a volt tulajdonosra, mielőtt a dolog különválik. Ez helytelen.

Az accessio eseteit három csoportra szokták osztani: a) ingó jár ingóhoz, b) ingó ingatlanhoz és c) ingatlan ingatlanhoz.

a) Ingó dolog járul ingatlan dologhoz: 1. Satio, inplantatio.

A mag elvetése egy telken erős accessio, mert practice elválasztani többé nem lehet. Az implantationál a pusztá beültetés csak gyenge accessio, erőssé csak a gyökérveréstől kezdve lesz. Ide tartozik még a föld trágyázása, az út homokozása. Ezek mindjárt erős accessiót adnak, bár drága trágyánál a valóságos összevegyülésig helyesebb gyenge accessiót felvenni.

2. *Inaedificatio*. Solo cedit quod inaedificatum est. A mit építenek (tehát a ház minden részével), az a földnek accessiója. A fagerenda, az ajtó, az ablak, az üvegtető csak gyenge, de a mész, a festék, a vakolat, a tapéta erős accessio. Az inaedificationál előforduló gyenge accessio különös jogi elbánásban részesült a római jog szerint az actio ad exhibendum tekintetében. Az építési materiale a *tignum iunctum* (tehát nemcsak a gerenda) exhibeálását nem volt szabad követelni, még pedig közérdekből. Nincs tehát sem actio ad exhibendumnak, sem rei vindicationának helye. Helye van ellenben már a XII. táblás t. óta kártérítési keresetnek, ú. n. *actio de tigno iuncto*-nak, melylyel nem subiectiv érdekemet, az interestet, hanem a verum rei pretium kétszeresét követelhettem. Még pedig, ha a beépítés jóhiszeműen történt, csakis ez a keresetem volt, mivel szemben a beépített dolog a ház, illetve egyedül helyesen a telek tulajdonosáé lett, mint házának része (mint külön dolog, csak ha separálódott), ez tehát expropriatio. Ha ezt nem akartam, akkor e keresetet nem indítottam meg, hanem vártam, míg a ház összedül, a mikor actio ad exhibendum- és ennek alapján indított rei vindicationával magát a dolgomat kaptam meg. Ha pedig a beépítés mala fide történt, akkor az actio de tigno iuncton kívül rögtön minden exhibitio nélkül is megindíthatom a rei vindicatiót, interestem erejéig, mint fictus possessor ellen, mert dolo desiit possidere. Sőt ha a dolgot tőlem lopta, mind e keresetekkel concurrálólág a *condictio furtiva*t, később az actio legis Aquiliaet is megindíthatom.

Ha én idegen telken jóhiszeműleg építek, akkor a telektulajdonos rei vindicationójával szemben retentióval élhetek az impensae necessariae és utiles erejéig, visszatarthatom a dolgot, míg nekem a szükséges és hasznos kiadásokat meg nem téríti, már az impensae luxuriae erejéig csak ius tollendim van, magát a dolgot vissza nem tarthatom, hanem a fényűzési beruházásokat elvihetem, persze a dolog állagának sérelme nélkül. A rosszhiszemű beépítőnek csak a szükséges kiadások erejéig van ius retentionisa, a hasznos és fényűzési kiadások erejéig csak ius tollendije van.

3. *Alluvio, avulsio*. A partomhoz lassan észrevétlenül hozzárakódó föld, iszap mindjárt erős accessio. A sodorvány, avulsio, a földemhez a víz által máshonnan elszakított, hozzá sodort földdarab csak gyenge accessio, csak ha a benne levő növények gyökerei átnyúlnak az én földemre, lesz erős accessio.

b) *Ingó dologhoz ingó járul*: 1. *Ferruminatio és adplumbatio*. A ferruminationál lényeges, hogy az odaillesztés művésziesen történt

legyen, úgy hogy az elválasztás barbarismus volna, ezért erős accessio. Plumbatura csak felületes kapcsolat, tehát gyöngye accessio.

2. Írás, festés (scriptura, pictura). Puchta szerint az írás accessiója a papirnak. Ez helytelen. Csak a ténta, de nem maga az írás, járul a papirhoz. És különben is néha nem az írás, a festmény járul a papirhoz, hanem fordítva, a papir az íráshoz (váltó), vászon a festményhez. Ez utóbbi esetben helyesebb specificatióról szólni.

c) Ingatlan járul ingatlanhoz. Vítás matéria. Fogalmilag már helytelen, mert mihelyt ingatlan accedál, az már nem ingatlan. Az alluvio és avulsio, a melyet ide szokás számítani, tehát nem ide tartozik, mert, bár földdarab járul az én földemhez, de az a földdarab már nem ingatlan, mint nem az a kocsin szállított föld vagy kő sem. Sokan az alveus derelictust és az insula in flumine natat is ide számítják, oly alapon, hogy a folyómenti ingatlanomhoz mint annak része tartozik annak a folyó alatti folytatása is, az alveus, a minek pedig a sziget csak kiemelkedése. Ez ellen szól az, hogy az egész föld egy dolgot képez, és így az én telkem nemcsak az alveus derelictusra, hanem a végtelenbe terjedne ki, azután meg az insula in flumine nata gazdaságilag nem a part része, hanem külön dolog. Maga a meder, a míg a víz benne folyik, res nullius, ha azonban a víz más medret ás magának, akkor az elhagyott meder, az alveus derelictus a partmenti tulajdonosoké lesz fele részben a jobb, fele a balpartiaké. Az új meder, ha állandó, res nulliussá lett. Ideiglenes kiöntés a tulajdon kérdését nem érinti.

2. Confusio, commixtio. Alább a condominiummal kapcsolatban fogjuk tárgyalni.

85. §. Tulajdonváltoztató tények (alanyi tekintetben).

Változhatik a tulajdonjog olyképen is, hogy a régi alany helyébe más alany lép. Ezek a successio esetei. Ilyenek:

I. Traditio. Ha azt akarom, hogy a dolgom fölötti tulajdonjog B.-re átszálljon, nem elég kettőnk megegyező akarata, hanem a római jog azt is megkívánja, hogy az illető a dolog birtokát is megnyerje (l. 20. Cod. de pactis 2. 3.) traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Ennek történeti oka az, hogy a kezdetleges népek minden jogváltozást külsőleg szeretnek kifejezésre hozni, a régi jogokat bizonyos plasticitas jellemzi. Arra a kérdésre, hogy a birtokátmenet követelményének mi a célja, sokféle vélemény van az irodalomban. Egyesek úgy vélik megokolni azt, hogy a consensuson kívül a birtokváltozás azért kívántatik meg, hogy az átmenet az obligatiótól a dologi joghoz markirozva legyen. A testi átadás követelménye ellen számos érv hozható fel, a minthogy újabban számos író ki is kell ellene (Bähr Ottó polg. tkönyv javaslata el is ejti) és valójában az ingatlan tulajdonának átruházása római jog szerint voltaképen csak nudum pactum. A traditio külső actusa

különben abból áll, hogy B. a dolgot a tulajdonos beleegyezésével birtokba veszi. Nem kell a tulajdonos közreműködése, hozzájárulása, elég ha megvan a beleegyezése a birtokbavétel (az apprehensio) pillanatában. A birtokbavétel sem kell, hogy külsőleg mindig felismerhető legyen, a minthogy nem is az a brevis manu traditio és a constitutum possessorium eseteiben. Exner szerint a testi átadás a külső forma, szerinte tehát a traditio formai szerződés. Ez helytelen, mert ha formai volna, akkor az átadásnak az akaratnyilvánítással egyidejűleg kellene végbemennie, holott végbemehet előbb is (brevis manu traditio), utána is.

Az alól, hogy a tulajdonjog átruházása csak traditióval lehet, némelyek magában a római jogban is kivételeket vélnek látni, még pedig két esetben. Az első az, hogy egyházak, kegyes alapítványok, városok a tulajdon megszerzésére irányuló szerződésből (vétel, csere, ajándék) magából traditio nélkül is megszerzik a tulajdont (transitus legalis). A másik pedig az, hogy ha többen societas omnium bonorumot kötnek, magával a szerződéskötéssel mindegyik társ condominiumot nyer az összes társak dolgain. Ez esetben azonban a condominium inkább azon alapszik, hogy a vagyonszövetség constitutum possessoriummal van egybekötve.

A traditio kellékei:

1. Az átruházónak tulajdonosnak kell lennie. Ez alól két kivétel van. Az egyik az, hogy az is ruháztat át tulajdont, a ki bár maga nem tulajdonos, de ius distrahendije van, pl. a záloghitelező. A másik, hogy a fiscus még idegen dolgoknak a tulajdonát is érvényesen átruházhatja. Minden egyéb esetben csak a tulajdonos ruházhatja át a dolog tulajdonát, illetve a tulajdonos képviselője. Ha nem a tulajdonos vagy képviselője adta át a dolgot, vitte véghez a traditiót, akkor a birtokbavevő nem nyert tulajdonjogot, hanem csak jóhiszemű birtokot (condicio usucapiendi-t). Ha most az átadó, ki az átadáskor a dolognak nem volt tulajdonosa, tulajdonossá lesz, a dolgot attól, kinek átadta, visszakövetelné, vindicálná, ez exceptio rei venditae (vagy donatae) et traditae emelhet, mert dolo petit, qui petit quod mox redidit est, vagyis beismeri, hogy a dolgot vissza kellene adnia, de másrészt az adásvétel, illetve ajándék alapján a (mostani) tulajdonos azt újból tradálni volna köteles. Ha pedig a dolog a tulajdonoshoz visszakerül, akkor a jóhiszemű birtokos Publiciana actiót indíthat, a mely ellen emelt exceptio dominiivel szemben replicatio rei venditae (donatae) et traditaevel elhet.

2. A traditio második kelléke az animus tradendi, transferendi dominii (tulajdonátruházási szándék). Vagyis az eddigi tulajdonos nemcsak abba egyezik bele, hogy A. a dolgot birtokba vegye, hanem abba is, hogy tulajdonát is megszerezze az illető concret dolognak. (A tulajdonjog általában csak speciesre vonatkozhatik.) Hogy az átadó mily indokból akarja tulajdonjogát átruházni, az mellékes, vagyis az error in causa tekintetbe nem jön. (Az error in dominio,

— azt hiszem másnak a dologat adom át az ő képviselőjeként, holott a dolog az enyém, — az error in persona, — másnak adom át a dologot, — és error in corpore, — más dologot adok át, — mint lényeges tévedés semmissé teszi az átadást). A traditiónak is persze, mint minden jogügyletnek, megvan a maga causája, indoka (causa solvendi, donandi, contrahendi seu obligandi seu credendi (kölcsonnél), dotis constituendae, arrha adása, condicionis implendae stb.), de a jog nem törődik vele, ha egyszer a traditio megtörtént, a tulajdon átment tekintet nélkül a causára. A traditio tehát abstract szerződés. A causában tévedett természetesen visszakövetelheti a dologot, de már nem mint tulajdonos, hanem csak személyi, kötelmi keresettel, condictio sine causával. A római jog a traditiónál csak két esetben tekinti a causát relevánsnak, t. i. a férj és feleség közti ajándékozásnál és ha a nő végzi a traditiót valamely intercessionalis tartozás teljesítésére. Ezek a traditiók causájuknál fogva semmissék. A tulajdonátruházás feltétel, illetve időhatározmány mellett is végbe-mehet, sőt a római jog egy ex lege conditiót is ismer, t. i. a pactum reservati dominii. Ha az átadás adásvétel alapján történik, a vevő csak akkor szerzi meg a tulajdont, ha a vételárat lefizeti, illetőleg az eladó neki a vételárat hitelezi. Ez ma az ú. n. részletfizetésre történő vételeknél fontos. A részletre vevő csak az utolsó részlet lefizetésével szerzi meg a tulajdont, bár a dologat már előbb átvette.

3. *A successor személye határozott legyen.* A későbbi jog már megengedi, hogy a traditionalis ajánlat, az átadás ne határozott személyhez, hanem bizonyos körhöz legyen intézve, pl. a magistratus hivatalbaléptekor pénzt szór a nép közé: iactus missilium. Ezt némely írók derelictiónak tekintik, úgy hogy szerintük az elszórt pénz felszedése nem a traditionalis ajánlat elfogadása, hanem occupatio volna. Ez azonban helytelen.

4. Végül szükséges az átvevő részéről az animus acquirendi dominii, az akarat, hogy a dologon tulajdont szerezzen. (A traditio e szerint szerződés, két félnek egybehangzó, egymáshoz irányított akaratnyilvánítása. A szerződés fogalma tehát nemcsak a kötelmi kétoldalú ügyletekre szorítkozik, nemcsak kötelmi szerződések vannak, hanem van dologi is, pl. a traditio, van családjogi is, pl. arrogatio stb.) A traditiónál az átvevő oldalán is megengedi a római jog a képviseletet. Vannak esetek, a mikor valaki a dolog tulajdonát magának akarja ugyan megszerezni és a maga nevében viszi véghez a traditio elfogadását, mégis a tulajdont nem ő szerzi meg, hanem más, a kinek szorosan véve csak személyes igénye volna ellene. A gyámolt (gondnokolt), a katona megszerzi azoknak a dolgoknak a tulajdonát, a melyeket a tutor (curator), illetve ügyvivő az ő pénzükön vett meg és vett át a maga számára, továbbá a nő azokon a dolgokon, a melyeket a férj tőle, t. i. nejétől ajándékba (tehát érvénytelenül) kapott pénzen a maga számára vett meg és át. Ennek a nőnek, a katonának, pupillusnak rei vindicatio utilisük (nem

directa) van. Némely jurista szerint azonban ezek a személyek nem szereznek tulajdont, hanem csak keresetük van a tulajdon-szerzést a maga számára végbevívó férj stb. ellen, de csak ő ellene, singularis successorai ellen nem, és ez a kereset a csódtömegben mint vindicatio szerepel, de ez a nézet nem forrásszerű.

II. **Öröklés, hagyomány.** Nem kell traditio, ipso facto tulajdonos vagyok, mihielyt az örökséget elfogadom (t. i. ha örökös vagyok), illetve tulajdonos vagyok, ha a megterhelt, az örökös az örökséget elfogada (t. i. ha én legatum per vindicationem-et nyertem).

III. **Birói odaitélés.** a) *Adiudicatio.* A bíró az ú. n. osztóperekben (*iudicia divisoria: inter condominos actio communi dividundo, inter coheredes actio familiae herciscundae, inter vicinos actio finium regundorum*) nem már meglevő jogot constatal, hanem a bonus vir arbitrium szerint (tehát voltaképp nem mint bíró, hanem mint a szakértő szerepel, ezért neve: arbiter) constituál jogot. Így az egyiknek adhatja a dolog feletti tulajdont (persze a másiknak nyújtandó kellő kárpótlás mellett), vagy az eddig eszmei részben birt tulajdont valóságos részekre osztja, és így külön tulajdont ad az egyes részekre. A bírói adiudicatio tehát a traditiót pótolja és voltaképpen csak azt helyettesíti, hisz a felek közös megegyezéssel traditio útján is feloszthatják a közös tulajdont és csak ha a közös megegyezés nem sikerül, fordulnak a bíróhoz. Voltaképpen, anyagilag az ilyen adiudicatio nem is peres eljárás, hiszen a felek nem igényt érvényesítenek, nem azt állítják keresetükben, hogy valami meghatározott szolgáltatás illeti őket, hanem csak kéressel fordulnak a bíróhoz, mint úgyszólván bizalmi emberhez, hogy a mit ők nem tudtak békésen megtenni, ő végezze az osztályt. Perenkívüli eljárás ez a per formájában, a mennyiben t. i. a külső formák, in iure, in iudicio eljárás stb. itt is megtartattak. Az ily perekben a praetor a bírót (tres arbitri) nem condemnatióra utasította, hanem arra, hogy az egyes jogokat ossza meg köztük (pl. a tulajdonjogot), sőt új jogokat (szolgalmat, zálogot, követelési jogot) is constituálhat. A tulajdon tekintetében ez csak derivatív jogszerzés, t. i. a ki a bírói adiudicatio folytán bár ipso facto nyer tulajdont, csak annyiban lesz tulajdonos, a mennyiben auctora pl. a condominusok, vagy az egyik condominus, az volt. Az adiudicatiót meg kell különböztetni először attól, midőn a bíró rei vindicatio alapján itéli valakinek oda a tulajdont. Itt ő nem változtatja alanyában a tulajdont, hanem csak declarálja az eddigi alanyt. Meg kell különböztetni másodszor attól, mikor emptio venditio ajándék stb. esetén arra itéli az eladót, hogy a dolgot tradálja. sőt az ő traditionalis akaratát a bírói ítélettel pótolja. Ez esetben ugyanis a tulajdonszerzés czíme nem a bíró akarat, mint az adiudicationál, hol ez a végső czim, hanem az adásvétel.

b) *Impetratio domini.* Ha t. i. a zálogadás nem fizet és a

zálogtárgy eladásának kísérlete sikertelen marad, akkor a záloghitelező az adós újbóli sikertelen felszólítása után római jog szerint a bírótól kérheti a dolog tulajdonának odaitélését (bizonyos becsérték szerint). Az ilyen odaitélés is successiót állapít meg.

c) Hasonló hatású a birói árverésen a *birói leütés*, a mely közvetlenül, ipso facto tulajdonossá teszi a vevőt. (Dernburg.)

IV. **Ex lege** (háramlás, *transitus legalis*): a) a *res commissae*, a csempészett dolgok a fiscuséi.

b) A háznak az a tulajdonostársa, a kinek javítási költségeit, a másik társ a maga része erejéig 4 hónap alatt meg nem téríti, megnyeri a tulajdonostárs részét is.

c) A másodszor házasodó (*binubus*) elveszti tulajdonát a *lucra nuptialia*-n az első házasságból származó gyermekek javára.

d) A *decretum divi Marci* szerint az, a ki önhatalmúlag vissza akarja dologát a birtokostól venni, elveszti tulajdonjogát a birtokos javára.

e) A *dos* tulajdona a házasság felbontása után a nőre száll vissza. (Baron szerint a nő nem nyeri vissza a tulajdont, hanem csak zálogjoga van a dolgokon, még pedig az összes záloghitelezőkkel szemben elsőbbségi joggal.)

Függelék. A justinianusi jogban az eredeti szerzősmódok közül csak az *usucapio*. a származékosok közül a *traditio*n kívül azonban mind *ius civile* szerzősmódok voltak. De az eddig felsorolt derivatív szerzőstényeken kívül is volt még a régebbi jogban *ius civile* szerinti *successio*, a melyek azonban Justinianus idejében csak történeti *reminiscentia* tárgyai. Ilyenek:

1. A *mancipatio*. A *mancipatio* nem minden dologra nézve állapított meg tulajdonjogot. Csak bizonyos dolgok voltak azok, a melyek a *mancipatio* útján voltak átruházhatók és átruházandók. Jeleztül csak az az ingatlan, melyre *ius Quiritium* szerinti tulajdonjog volt szerezhető, tehát a *fundus Romanus*, később a *fundus Latinus*, majd *Italicus*, végül minden telek. Továbbá azok a dolgok, a mik a telekkel összefüggtek: az ígás marha, *quae collo dorsove domantur* és a rabszolga. Ezeknek a dolgoknak a neve *res mancipi*, épen mert megszerzésükhöz *mancipatio* kellett. A *mancipatio* szó különben a régi *manus*-ra mutat, a mely alatt a *pater familias* összes privatjogát kell érteni, melyet ő háza, és háza népe fölött gyakorolt. A dolgokra alkalmazva ez volt a tulajdonjog, a személyekre: az abszolút személyi (család) jog. A régi tulajdonjogot, mihelyt a *manus* differentialódott, *mancipium*-nak nevezték. Később a *mancipium* név mint tulajdonjog csak egy dologra maradt meg: az átmeneti állapotban lévő rabszolgára. A *mancipium* régi fogalmával függ össze a *mancipatio*. Ez az ügylet abból állt, hogy a tulajdonát átruházón kívül ott volt öt tanú, egy *libripens*, ki a mérleget tartotta és a szerző fel, a ki mint vevő lépett fel. Ez utóbbi egy darab érczel (*raudusculum*) megütötte a *libripens* tartotta mérleget mondván (így írja ezt le Gaius): *Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio, eaque res mihiempta est hoc aere aeneaque*. Eredetileg tehát ez a *mancipatio* adásvétel volt, a mely mindjárt a dolog átadásával járt, a miért a vevő a vételárat, érczrudat rögtön le is fizette, a melyet persze előbb lemértek. A legrégebbi időben ez a *raudusculum* tehát valószínűleg pénz volt, ekkor t. i. a vert pénzt még nem ismerték és általános esereeszköz, pénz az érczrúd volt. Később ezt az ügyletet, a mely *realis* adásvétel volt, felhasználták általában a tulajdonátruházásra, még ha *causája* nem is volt adásvétel. A *mancipatio* szinleges adásvétellé lett. A darab ércz már nem vételár, hanem forma. Az igazi vételárt (ha vétel volt a tulajdonát-

ruházás causája) a vevőnek a mancipation kívül kellett megfizetnie. Innen van a XII t. t.-nek az a rendelkezése, hogy a mancipationnal a tulajdon még nem megy át a vevőre, hanem csak akkor, ha a vételárát is megfizette. Ekkor a mancipationt akkor is alkalmazzák, mikor A. B.-re a tulajdonjogot nem adásvétel, hanem ajándék czimén akarja átruházni, letétbe akarja adni stb. A mancipation tehát nem adásvétel, hanem symbolicus actus, a melylyel A. a maga tulajdonát B.-re átruházza, de a dolgoknak csak egy osztályára a res mancipationre vonatkozik.

2. A többi dolgoknál nem ez a forma szolgált a tulajdon átruházására, hanem az *in iure cessio*. Hogy ez mikor keletkezett, arra nézve a vélemények eltérők. Vannak, a kik a mancipationnál régebbinek tartják, mert a mancipation könnyebb mint ez. A mancipation magánactus, holott ez szinteges per, a praetorhoz, a forumra, *in ius* kellett menni. A helyes nézet ezzel szemben az, hogy az *in iure cessio* az újabb, mert oly időre mutat, mikor már rendezett jogszolgáltatás van, mikor a rendes legis actionalis per már megvan az *in iure* és *in iudicio* eljárás caesurájával. Ezenfelül, ha az *in iure cessio* volna a régebbi, akkor a rajta könnyíteni akaró mancipation mért oly körülményes és mért terjed ki csak oly dolgokra, a melyek a legprimitivabb gazdaságnak felelnek meg, ha reform volna, mért korlátoztatnék ily szűk térre. Valószínűbb hogy az *in iure cessio* az újabb keletű, még pedig jóval későbbi és valószínű továbbá, hogy már ős időktől fogva létezett a közönséges átadás a traditio is, ha nem is azzal a hatálylyal, hogy quiritar tulajdonjogot lehetett vele szerezni. A darab kenyeret csak nem ruházták át *in iure cessio*val. Az *in iure cessio* szinteges per, mely a legis actio sacramento *in rem* (vindicatio) formájában ment végbe. Az *in iure cessio* tehát csak a XII táblás t. óta létezhetik, mert a legis actiók is az uralkodó vélemény szerint e korból valók. A mint csak képleges volt a mancipationnál az adásvétel és a raudusculum formájában az árlefizetés, úgy szinteges volt az *in iure cessio* is. A felperes (a kire a tulajdont át akarom ruházni) a praetor előtt azt állította, hogy *aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium*, alperes (én, az eddigi tulajdonos) ezt a hazugságot ráhagytam, és így confessio *in iure* alapján a praetor a dolgot neki ítélte oda.

A mancipation és *in iure cessio* tulajdonátruházási tények. De használták őket, különösen a mancipationt, oly viszonyok létesítésére, a melyek a későbbi időben nem tulajdonszerzéssel, hanem csak birtokkal vagy birlalattal jártak. Így a későbbi korban, ha dolgomat zálogba adtam, a zálogos csak birtokot szerzett (és szerez ma is) a dologra, ha depositumba, letétbe adom a dolgot, a depositarius, a kinél dolgomat leteszem, csak birlaló stb., vagyis nálam marad a tulajdon, melynek alapján dolgomat ismét visszakövetelhetem. Nem így a régi római jogban. Ott másra a dolgot csak a tulajdonjoggal együtt lehetett átruházni, még pedig a mancipation vagy *iure cessio* formájában. Így akár zálogba, akár letétbe, akár kölcsönbe akartam a dolgot adni, a tulajdont is át kellett ruháznom. De hogy mégis biztosítva legyek, hogy dolgomat adandó alkalommal visszakapjam, a zálogossal, a letevővel a mancipation alkalmával külön megbeszéltem, hogy a dolgot vissza fogja adni. Ez a megbeszélés nem jogi, hanem társadalmi ügylet, *fiducia*. Ő mintegy becsületszavát adta, hogy a dolog tulajdonát vissza fogja rám ruházni. Ha még sem tette, jogilag nem tehettem ellene semmit, ő csak a társadalmi erkölcs ellen vétett, a társadalom megvetésében részesült, becstelen emberré lett. Később a jog ezt a mellékügyletet — *pactum fiduciae* — elismerte, adván a megcsalt a félnek *actio fiduciae*. A fiducia mellett történő mancipation a zálogjognál tartotta fenn magát legtovább (*fiducia cum creditore contracta*, minden más *fiduciae causa mancipation* és *in iure cessio fiducia cum amico contracta*).

Megjegyzendő különben, hogy bár a mancipation formai ügylet volt, alaktalan megbeszélések, megegyezések kísérhették és kísérték pl. a fenti fiducia megegyezés. Ezek a megbeszélések a *leges mancipii*, vagy *nuncupatio*, a melyekről már a XII táblás törvény is azt mondja: *uti lingua nūcū-*

passit, ita ius esto. Ebből a muncipatióból fejlődött ki a római végrendelet is. Megjegyzendő továbbá, hogy a mancipatio adásvétel lévén, a tulajdonát átruházó evictióért felelt, hogy t. i. a mancipált dolgot senki sem fogja tulajdonosként a mancipatustól elperelni. Ha ez mégis megtörtént, a mancipatus a a mancipans ellen *actio auctoritatis* indíthatott a vételár kétszeresére.

Nem kell különben hinni, hogy szinleges és fiduciarius ügyletek csak a primitiv jogokban vannak meg; ma is találhatók. Pl. szinleges ügylet, hogy egy ajándékváltóra is azt írjuk: értékét felvettem készpénzben, tehát mintha nem ajándékoznám a váltót, hanem tartozás fejében adnám, épúgy mint a mancipatiónál adásvétel volt szinleg ajándék esetén is. A fiducia párdarabja pedig ma, ha én ma egy követelésemet cedálok, pedig a követelést nem átruházni akarom, hanem csak zálogba adni.

3. Nem említi Justinianus az *addictiót* sem. A quaestor a háborúban szerzett dolgokat (*venditio sub hasta*), foglyokat (*venditio sub corona*), vagy büntetésül elconfiscált vagyont (*sectia, venditio bonorum*) nyilvános árverésen a legtöbbet ígérőnek ítélte oda. Az átruházás ünnepélyesen ment végbe *sub hasta*, *sub corona* (a melyet a rabszolga fejére tettek). Később ezek a formák megszűntek és a kiosztások, *assignatiók*, kevésbé ünnepélyesen az állam megbatalmazottja által történtek. Így kerül szembe az *ager quaestorius*, quaestori árverésen szerzett föld az *ager assignatus*sal. Mind a kettő *ager publicus*ból lett *privatus*sá. Később maga a *fiscus* adta el a földeket a rendes formában *traditio*val, de azzal a *privilegium*mal, hogy a meg- és átvevő originaer tulajdont szerzett. A *fiscus plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

86. §. A tulajdonjog megszűnése.

I. **Derelictio.** A tulajdonos lemond a dolog birtokáról azon szándékkal, hogy ez által a tulajdont is elveszítse. A *derelictio* tehát jogügylet. Nem elég az a szándék, hogy a birtokot elveszítsük, szükséges a tulajdonról való lemondás szándéka is. Ez okból nem *derelictio* a dolognak *navis levandae causa* tengerbe dobása (*lex Rhodia*), valamint nem az annak tűrése, hogy valaki dolgunkat birtokba vegye. Nem *derelictio* a dolog elvesztése sem. A *derelinquált* dolog *res nullius*sá lesz és *fit primi occupantis*.

II. **Interitus rei.** Ha a dolog megszűnik, megszűnik az élvezését biztosító tulajdonjog is. Ide tartozik az is, ha a dolog megszűnik önálló dolog lenni, és vagy más dolog alkatrészévé lesz, (erős *accessio*, *consumptio pecuniae*), vagy más dologgá lesz (*specificatio*), vagy oly állapotba jut, hogy tulajdon tárgya nem lehet, pl. a vadállat *custodiánk*ból kikerül, vagy elveszti a visszatérési szándékot; ha a folyó új medret ás magának, az új meder szintén megszűnik a tulajdon tárgya lenni.

III. **Tractus temporis.** Az időmúlás megszünteti az elásott kincs feletti tulajdonjogot.

IV. **A tulajdon keletkezése másnak a személyében.** Ha tehát más a mi dolgunkat elbirtokolja, *ager desertusunkat* műveli, megszűnik a tulajdonjog és az ő személyében új tulajdonjog keletkezik.

87. §. Condominium.

Ez középkori kifejezés. A források dominium pro parterről szólnak. Nem tartozik ide először is a szinleges communio. A szinleges communio esetében ugyanis nincs közös jog, hanem két külön jognak a tárgya szemre, külsőleg közös, pl. ketten két szomszédos telket vagy egy falnak két részét birják. Nem condonium továbbá az ú. n. egyetemleges tulajdon (Gesammteigenthum) sem. Ha t. i. a tulajdonostársak mindegyike kifelé teljes tulajdonos, az egész dolgot vindicalhatja, a tulajdonostársak mintegy solidarisak. Ez az intézmény csak a germánoknál ismeretes, ezt a dominium plurimumot a római jog nem ismeri.

A mit mi condominiumnak nevezünk, a római dominium pro parte, abban áll, hogy többen tulajdonosai egy dolognak úgy, hogy ~~az~~ egésznek tulajdona egyiket sem illeti sem ki-, sem befelé, hanem mindegyik csak társtulajdonos. Constructiója nehéz és vitás. A kérdés t. i. az, hogy jogom van-e a tárgy egy részére, pl. ha hárman vagyunk condominusok, egy harmadára, vagyis a tárgy van-e megosztva, vagy jogom van az egész tárgyra, de csak $\frac{1}{3}$ részben, azaz a jog van-e megosztva? Windscheid szerint a tárgy értéke, Kohler szerint használhatósága van megosztva. Schwarz álláspontja az, hogy az nem mondható, hogy engem bár csak a dolog harmadára is teljes jog illetne, azaz, hogy a tárgy van felosztva, de másrészt az sem mondható, hogy a jog van megosztva. Leghelyesebb azt mondani, hogy itt a tulajdonnak egy külön neme van. Kifelé nincs kizárólagos tulajdonjogi az egészre, csak a rész erejéig indíthatom a rei vindicatiót a harmadik birtokos ellen, csak azt követelhetem, hogy $\frac{1}{3}$ rész erejéig compossessióba bocsásson. (Ezt a hányadrészt meg kell különböztetni a testi rész fogalmától, ez pars aliquota, nem aliquanta. Ez van akkor, mikor nem lehet azt mondani, hogy a dolognak melyik részét birom, hanem enyém a dolog minden porczikájának megfelelő része, tehát minden atom nem az enyém egyedül, hanem kettőnké, hármunké. Ez practice abban lel kifejezést, hogy a dolognak egyes részével nem rendelkezem, csak ha a többi tulajdonostárs is beleegyezik. A mivel én egyedül rendelkezem, az maga a condominiumom, azt másra átruházhatom stb.) Keresetemnek intentiója is azért így fog hangzani: Si paret rem pro illa parte Auli Aggerii esse stb. Hogy mily arányban vagyok jogosítva, azt persze a birtoklásban feltüntetni nem lehet, az a használatban mutatkozik. Kivételesen a rei vindicatio pro parte incerta is szólhat, t. i. commixtio, confusio esetén néha maga a fél sem tudja, milyen részig condominus, és ilyenkor a bíró határozza meg részének nagyságát. Néha a társtulajdonost az egész rei vindicatio illeti meg, úgy ingóknál, mert ott a compossessiónak nincs jelentősége, nem úgy mint az ingatlanoknál. Persze, ha az egészre indítom meg a rei vindicatiót, alperes, t. i. a dolog birtokosa, cautiót

követelhet tőlem arra nézve, hogy a többi condominus nem fogja őt beperelni.

Ez a condominium kifelé. A belső viszony, a társak közti viszony a kötelmi jog fejezetébe tartozik. A társak közt kötelmi viszony van ex lege, a melyet a rómaiak a societas mintájára szabályoztak és ezért az ú. n. quasi contractusok közé sorozták, neve communio per incidentem vagy incidens. Erről a kötelmi jogban fogunk szólni.

Condominium keletkezik, ha valamely tulajdonkeletkeztető tény többeknek személyében valósul meg, többen egyszerre occupálnak, specifikálnak stb., keletkezhetik successio által (különösen öröklés által). Igen gyakori keletkeztető ténye a confusio.

Confusio folyadékok, **commixtio** szilárd dolgok egyesülése. Ezeknél a szabály az, hogy az egyesülés által condominium (és compossessio is) keletkezik, de csak akkor, ha a két dolog úgy egyesül, hogy azt kell mondanunk, hogy a kettő most már csakugyan egy dolog. Ha ellenben valaki az én butoraimat összehányja tűzvész alkalmával a maga butoraival, nem lesz sem compossessio, sem condominium, mert ezekből a butorokból nem lett egy dolog. Ha az én juhaim összeszaladnak a szomszéd nyájával nem származik sem compossessio, sem condominium, mert a nyáj nem egy dolog, hanem universitas rerum distantium (universitas facti). Kérdésesebb a dolog akkor, ha én összehányom az én búzámat a más rozsával. Hiszen itt meg lehet különböztetni, hogy ez búza, ez rozs, de azért mégis azt kell mondani, hogy condominium származik, mert a két dolog különválasztása practice lehetetlen. Physikailag el lehetne választani, de nem éri meg a fáradságot és költséget és azért jogászilag úgy mondjuk, hogy az elválasztás nem lehetséges. (Ugyancsak különbség van a physikai és jogászi felfogás közt más téren is. A physika szerint egy zsák liszt nem egy dolog, de jogászilag az ilyen mennyiségileg mért dolog (quae mensura consistunt) egy dolognak tekintetnek. A zsákban az összes liszt egy dolog. Ha én kimerítek a zsákból, két dolog lesz: az egyik a zsákban levő liszt, a másik a kimerített liszt. Annyi dolog van ilyenkor, a hány csomó, a hány tartály. Ebben a jog, mint mindenütt az élet felfogását követi.) Ha ilyen értelemben véve összevegyül az én dolgom a más dolgával, ilyenkor condominium keletkezik abban az arányban, a mely értékarányban a két dolog az egyesülés előtt állott. Ebben a fejezetben is van nézeteltérés. Justinianus különbséget tesz a commixtio és confusio közt. Helyes felfogás szerint az, hogy folyó vagy száraz-e a két dolog, különbséget nem tehet. Mind a két esetben azt kell mondani, hogy condominium áll elő. Justinianus szerint az összekeveredésnél két eset lehetséges. Keveredhetik két egyenlő és két különböző dolog. Mindkét esetben ez a keveredés történhetik a tulajdonosok akaratával vagy véletlenül. Azonban mind ez eseteknek egy a jogi hatása, az t. i., hogy ha csak specificatio, vagy accessio nem forog fenn, condominium támad a két dolog értékének

arányában. Az összekevert dolog eddigi tulajdonosa a másiktól, a kinek dolgával az ő dolga összekeveredett, nem vindicálhatja a maga dolgát, köztük condominium támad, a melynek megszüntetésére az actio communi dividundo szolgál, ha pedig a társ a maga részét meghatározni nem tudja, rei vindicatiót pro parte incertát kap.

88. §. A tulajdonjog védelme.

A tulajdonjog védelménél a szokásos tárgyalási mód az, hogy dologi és kötelmi keresetekről szólnak. Ez helytelen. A könyvekben (így Vécseynél is, Kajuchnál is) említett keresetek egyrészt kevés, nem meritik ki a tulajdonos kereseteit, másrészt meg sok. Kevés, mert nincsenek felsorolva a possessorius keresetek, az actio legis Aquiliae, actio furti, ez mind védi a tulajdonost, azután az actio depositi is, sőt a condictio furtiva is. Az actio legis Aquiliaet annál inkább kellene megemlíteni, ha t. i. az actio Publicianát ide számítjuk, mert az actio legis Aquiliaet csak a tulajdonos indíthatja meg, holott a Publiciana mást is véd. Sok azonban a rendszeren felsorolt kereseteknek a száma, mert ezeknél a kereseteknél a tulajdon kérdése nem jogalap, hanem csak előzmény, incidentalis kérdés. Az actio finium regundorumnak, az operis novi nunciatióknak stb.-nél a kereset alapja a törvény, azok obligationes ex legeből származnak, az actio furti, condictio furtiva, actio legis Aquiliaenek alapja pedig delictum. Plane az actio Publicianánál a tulajdonjog nem is jön szóba. Ezt figyelembe véve, a tulajdonjog védelmére csak két kereset szolgál, t. i. a rei vindicatio és a negatoria in rem actio, az előbbi a tulajdonjog teljes, a másik annak részleges megsértése esetén.

I. **Rei vindicatio.** A tulajdonos (a ki nem birtokos) a dolog restituálását követeli a birtokostól (a ki nem tulajdonos). Felperes a tulajdonos, a kinek a maga tulajdonát kell bizonyítania a litis contestatio időpontjára vonatkozólag. Ezt a szerzési tény bizonyítása által teszi, mert ez azt a vélelmet foglalja magában, hogy a jog most is fennáll. Ha azonban a szerzésmód csak származékos volt, akkor, hogy a maga tulajdonjogát bizonyítsa, elődjének, auctorának jogát is bizonyítania kell. Ha ez is csak származékos úton szerezte a tulajdonjogot, az ő elődjének jogát is bizonyítania kell felperesnek, és így tovább mindaddig, míg egy oly auctor jogát nem bizonyítja, a ki eredeti szerzésmóddal szerezte a tulajdonjogot. Ez egyenes folyománya azon alapelvnek, hogy nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, ha tehát az előd nem volt tulajdonos, ő sem lehet az. Látható, hogy a tulajdonjog bizonyítása probatio diabolica, a melyen csak az könnyít, hogy egy bizonyos idő múlva a dolgot elbirtokolja, és így originaer jogszerző tényre hivatkozhatik. (Az usucapión pedig az accessio possessionis könnyít.) Nehezítette a probatio diabolican kívül a rei vindicatiót

az is, hogy a régi római jogban felperes a maga igényét pusztán a tulajdonszerzési titulus nélkül adta elő: *aiō hanc rem meam esse*, s csak *in iudicio* választhatott a szerzési tények között. Ha tehát felperest elutasították, akkor tulajdonát teljesen elvesztette, úgy tekintetett, mint a ki a *litis contestatio* idején egyáltalában nem volt tulajdonos. Mikor később már *expressa causa* lehetett perelni, mikor tehát felperes már *in iure* megjelölte a tulajdonszerző tényt, vagyis a formula úgy szólt: *si paret rem Auli Aggerii ex causa traditionis esse*, akkor a felperes elutasítása csak ennek a causának a *consumptióját* eredményezte és felperes más *causa* alapján tulajdonjogát még mindig érvényesíthette. Ez a szabály ma is.

A *rei vindicatio* felperese tehát a tulajdonos, a ki nem birtokos. Ha a tulajdonos birtokos, akkor joga nincs megsértve, nincs tehát igénye, *rei vindicatio*ja. Ez alól csak egy kivétel van. Ha t. i. bérlőm, letéteményesem, szóval az én nevemben birlaló nem akarja a dolgotat visszaadni, akkor bár ő csak detentor és a possessor én, a bérbeadó, vagyok, én mégis megindíthatom a *rei vindicatio*t. Alperes a perben a birtokos, még pedig a jogi birtokos, a mi azzal függ össze, hogy régen a *rei vindicatio iudicium duplex* volt, *contravindicatio*val járt. T. i. alperesnek felperes igényével szemben azt kellett állítania, hogy a felperes által igényelt dolog nem felperesé, hanem az övé. Ha ezt nem tette, nem is volt per. Később a *rei vindicatio* alapján kifejlődött per *iudicium simplex*xé lett, ennek folytán nemcsak a birtokos, hanem a birlaló is lehetett alperes. És ez a helyes, mert különben a birtokos kibérelhetné önmagától a dolgot és így a *rei vindication*nak azt vethetné ellene, hogy ő csak birlaló. A *rei vindicatio* ezért a birlaló ellen is megindítható, de ez a *nominatio vagu laudatio auctoris*-sal szabadulhat, t. i. megnevezi a birtokost, kitől a dolgot birlalatba kapta, és akkor felperesnek ez ellen kell fordulnia. Ha ezt a birtokost háromszor hiába idézték meg, akkor a praetor a birtokot alperesre, a detentorra ruházta. Ez a meg nem jelent birtokosra igen hátrányos volt, tehát mintegy büntetés számba ment. Mert ha tudniillik ő tulajdont formált a dologra, elesett az alperesi kényelmes positiótól, és felperesként kellett fellépnie. A classicus perben a meg nem jelent birtokost már *in contumaciam* elítélték. Alperesnek az ítélet időpontjában kell birtokosnak lennie, azért, ha pl. a dolog alperesnél per casum vész el, nem fog elmarasztaltatni, persze, ha valami okból casusért is felel, kártérítéssel tartozik. Ha alperes a birtokot tagadta, vagyis azt állította, hogy ő nem birtokos, akkor, még ha ő volna is a tulajdonos, mégis elmarasztaltatik *ad restituendum*, és így, ha ő tulajdont formált a dologra, felperesként kellett egy újabb perben fellépnie.

Az alól, hogy alperesnek birtokosnak kell lennie, kivétel az ú. n. *fictus possessor*. Ez, bár az ítélet idejében nem is birtokol, elmarasztaltatik mintha csak birtokos volna, mert *dolus est pro*

possessione. Ilyen fictus possessor először is, qui dolo liti se obtulit, a ki bár nem birtokos, mégis birtokosnak adja ki magát és alperesként perbe bocsátkozik, hogy ez által az igazi birtokos szabaduljon. Pl. a birtokos már két évig s 10 hónapig birtokolja ex iusta causa a dolgot. Most a tulajdonos megindítja a rei vindicatiót, a minek az volna a következménye, hogy az elbirtoklás megszakad. Hogy ez be ne álljon, X. magát állítja birtokosnak, hogy míg kiderül, hogy ő nem birtokos, az igazi birtokos a dolgot elbirtokolhassa. Az ilyen fictus possessor, a ki bár nem birtokos, mégis elmarasztaltatik, persze nem ad restituendum, hiszen nincs nála a dolog, de az érdekét meg tartozik téríteni. Fictus possessor másodszor, qui dolo desiit possidere, a ki szándékosan elhagyta a dolgot, hogy possessor ne legyen és így a pertől megszabaduljon, sőt a rosszhiszemű birtokos culpaért is felel, ha ez által megfosztja magát a visszaadás lehetőségétől, tehát nemcsak, ha tovább adta, hanem ha megszüntette a dolgot, pl. megette, specificálta, erős accessióba hozta más dologgal, pl. a fát implantálta. (Gyenge accessio esetén nem tekintetik a birtoktól és a visszaadás lehetőségétől megfosztottnak, persze a rei vindicatiót megelőzőleg actio ad exhibendum indítandó.) Sokan a birtokelhagyásban a culpát is mindig elegendőnek tartják a culpa dolo proxima elve alapján. De ez helytelen, mert akkor, ha jóhiszeműen veszem meg és át a nem-tulajdonostól a dolgot, pl. egy órát és azt elvesztem, a tulajdonosnak újból kellene fizetnem.

A dolo desiit possidere és liti se obtulit eseteiben azonban csak látszólag van kivétel azon elv alól, hogy a rei vindicatio alperesének birtokosnak kell lennie. Mert e két esetben csak a név rei vindicatio, tulajdonképen az ezek ellen indított kereset nem az, hanem delikt kereset (ex dolo), azért az örökösökre nem száll, (később is csak in quantum locupletiores facti sint) és ha ez alapon a káromat (melyet itt a dolog értékével azonosítottak) meg is kaptam, ennek célja csak alperes büntetése, nem az én kielégítesem, nem a dolog megváltása, harmadiktól még mindig vindicálhatók. Ha azonban a dolgot a verus possessortól már előzőleg kivindicáltam, megkaptam, akkor a fictus possessor ellen többé nem fordulhatok, mert hiszen nincs károm. Persze, ha ez utóbbi esetben mégis volna kár, pl. a dolgot megrongálva kaptam vissza, ezt a káromat a fictus possessortól követelhetem. A fictus possessor elleni actio, bár neve rei vindicatio, mindezek alapján nem in rem, hanem in personam actio, csőd esetén nem vagyok separatisticus hitelező, hanem csak közönséges chyrographarius (csődhitelező) és így nem a dolgot, hanem csak quotát kapok.

A rei vindicatiónak tárgya dolog, de lehet eszményi rész is, ily esetben vindicatio pro parte van helye. Pénz is lehet tárgya, ha még nincsen consumálva. Ha dolgom máshoz accedált, mással van összekapcsolva, akkor nem lévén dolog, hanem dologrész, rei

vindicatiónak tárgya nem lehet. Azzá csak akkor lesz, ha előbb actio ad exhibendum alapján ismét különválasztatott. Ez ma már nincs így, a minek oka az, hogy ma már a dolgot nem kell a magistratus elé vinni. A dologösszesség (universitas ex rebus distantibus) nem dolog, tehát elvben nem lehet tárgya a rei vindicatiónak. A régi sacramentalis perben egyszerre csak egyes dolgokat, később már egész összességeket is lehetett egy vindicatióval perelni, de azért mindegyik dologra ki kellett mutatni a tulajdonjogot. Így van ez ma is, kivétel csak a grex és a méhraj, a melyeknél a hozzátartozó dolgok többségének tulajdonát kell csak bizonyítanom, és mégis az egész nyáját, méhrájt kikapom, hacsak alperes ki nem mutatja, hogy egyes darabok az övéi és azokat nem contra-vindicálja. Ez esetben, de csakis ekkor, ezeket a darabokat nem kapom ki. Már az excentio ex iure tertii nem használ, vagyis nem használ annak bizonyítása, hogy egyes darabok nem felpereséi, hanem máséi. Nagy vita van a körül a kérdés körül, vajjon ez a vindicatio gregis kiterjeszthető-e? Schwarz szerint igen, mert ha pl. a könyvtár nagyobb része az enyém, valószínű, hogy az egész az enyém, és bátran alperesre hárítható az ellenkezőnek a bizonyítása. Ez utóbbi kisebb baj, mintha felperesnek külön minden könyvre kellene a maga tulajdonát bizonyítania. —

A rei vindicatióval mit követelhet felperes? Követelheti a restitutiót, a dolog visszaadását cum omni causa minden járulékával, tehát a benne talált kincset is, commodum reit, insula in flumine natat, partus ancillaet, fructust stb. Különböztethetjük meg: Ha alperes malae fidei possessor, vagyis oly birtokos, a ki tudja vagy erősebben sejtí, hogy a dolog nem az övé, az olyannak tekintetik, mint a kire a dolog bízva van, azért teljes diligentiaival kell eljárnia és a dolgot azonnal vissza kell adnia. Per előtt omnis culpaért felel, per után casusért is, mintán in mora est. Még rosszabb a helyzete a furnak, a tolvajnak, rablónak, sikkasztónak. Ez azon szabálynál fogva, hogy fur semper moram facere videtur, azaz, hogy a tolvaj mindig késedelemben van, már a per előtt is nemcsak culpaért, de casusért is felel. Tehát elmarasztaltatik, ha a dolog még a beperlés előtt véletlen folytán tönkre ment. Épen ellenkezőleg a bonae fidei possessor. Ez a perindítás előtt semmiért sem felel, úgy bánhatik a dologgal, mint a sajátjával (persze, ha rongálja, actio legio Aquiliaenak azért mégis van helye). Ha azonban mala fides supervenit, úgy felel mint a rosszhiszemű. A perindításnak, a litis contestatiónak némelyek szerint az a következménye rá vonatkozólag, hogy olyan helyzetbe jut, mint a rosszhiszemű birtokos, vagyis casusért is felelne, de ez nem igaz, mert ő nem morosus, ő nem tudja, hogy a dolog nem az övé, a litis contestatio csak aggályokat ébreszthet benne az iránt, hogy a dolog az övé, vagyis oly helyzetben van, mint a rosszhiszemű birtokos a perindítás előtt,

s ezért omnis culpaért felel. Az alperes által szolgáltatandó kártérítésben tehát három fokozat van. A jóhiszemű birtokos perindítás előtt semmiért sem felel, perindítás után is csak omnis culpaért, de casusért nem. A rosszhiszemű birtokos a litis contestatio előtt is felel már omnis culpaért, de casusért csak utána felel. Már a tolvaj mindjárt casusért is felel.

Megjegyzendő még, hogy ha a jóhiszemű birtokos a litis contestatio előtt kiesik a dolog birtokából, nem indítható ellene a rei vindicatio. Ha azonban a dolgot pénzért idegenítette el, akkor személyes keresettel a gazdagodás erejéig felel (a források ilyenkor conditio sine causaról, majd actio negotiorum gestorum directaról szólnak), ha a dolog az elidegenítés után tönkrement és így már nem vindicálható. Ha pedig a bonae fidei possessor a litis contestatio után culpose kiesik a birtokból (casusért ekkor sem felel), akkor felel a dologért, de minthogy a kártérítés itt nem ex delicto származik, mint a dolosus elidegenítésnél (fictus possessor), azért ő a kár megtérítésével ipso facto megváltja a dolgot és successio ex lege útján megszerzi a tulajdonjogot, holott a fictus possessor adta kártérítés esetén az eddigi tulajdonos tovább is az marad, vagyis magának a dolognak restituálására újabb rei vindicatiót indíthat.

A gyümölcsök tekintetében is különbséget kell tennünk jóhiszemű és rosszhiszemű birtokos alperes közt. A malae fidei possessor oly gyümölcsöket tartozik húzni, mint a pater familias, tehát a fructus percipiendiért is felel, azokat a gyümölcsöket is meg tartozik téríteni, a miket nem húzott ugyan, de közönséges gondosság mellett húznia kellett volna. Már a bonae fidei possessor a litis contestatio előtt a gyümölcsöket megsemmisítheti ép úgy, mint magát a dolgot, nem felel tehát a gyümölcsökért. A litis contestatio után azonban a bonae fidei possessor ép úgy felel, mint a malae fidei possessor, felel tehát a fructus percepti és percipiendiért is, de nem felel a fructus ex persona dominiért, a miért pedig a malae fidei possessor felel, t. i. azokért a gyümölcsökért, a melyeket a rendes pater familias által húzható gyümölcsökön kívül a tulajdonos húzhatott volna. Ha tehát a dolog, pl. circuló, én mint bonae fidei possessor a litis contestatio után sem tartozom megtéríteni azt, a mit a circustulajdonos közben, t. i. a litis contestatio után a lóval szerezhett volna, holott a rosszhiszemű tulajdonos ezzel tartozik. De bár a jóhiszemű birtokos a litis contestatio előtt semmi gyümölcsért sem felel, mégis az ez időből még exstantes fructust restituálni tartozik, tartozván ezek is a causa reihez.

Felperesnek ezen igényével szemben már most alperes kétféleképen védekezhetik: tagadással és kifogással. Tagadhatja először is azt, hogy ő birtokos. Ha azonban ily esetben kiskül, hogy hamisan tagadott, a dolog birtokát ráruházzák felperesre a tulajdonra való

tekintet nélkül. Tagadhatja másodszor a felperes tulajdonjogát. Ezt úgy is teheti, hogy a magáét állítja, magát állítja tulajdonosnak (contravindicál) és régente így is kellett (legis actio sacramento in rem, röviden legis actio per vindicationem). Alperes második fontos védelmi eszköze a kifogás. Ez lehet alaki, pl. hogy felperes keresete elévült (exceptio, helyesebben praescriptio longi, később longissimi temporis). Az anyagi kifogások a következők:

1. *Exceptio retentionis*. Régen ez nem volt meg, csak később engedték meg, hogy alperes a dolgot visszatartsa, a míg költségeit meg nem térítik. Az intézmény oka, hogy a *malae fidei* possessort mandatariusnak (helyesebben negotiorum gestornak) tekintették. Így köteles lévén a dolgot jó karban fentartani, méltányos, hogy ebből kára ne legyen, t. i. a tulajdonosra előnyös beruházásokat visszakapja. A mi pedig a *malae fidei* possessorról áll, még inkább áll a *bonae fidei*-ről. Alperes tehát felperes tulajdonjogát elismeri ugyan, de *exceptio doli* emel azon alapon, hogy felperes dolose jár el, mikor dologát követeli, holott a beruházásokat még meg nem térítette, és míg felperes ezeket a beruházásokat meg nem téríti, addig a dolgot alperes visszatarthatja, *ius retentionis* van. Ezek az így érvényesíthető beruházások, kiadások háromfélék lehetnek. Lehetnek először *impensae necessariae*, a dolog fentartására szükséges beruházások. Ezeket minden birtokos követelheti, ezek erejéig minden birtokos élhet a *ius retinendi*-vel. Hogy mik ezek a kiadások, az ténykérdés. Szabály szerint a dolog vételárát nem számíthatom fel a tulajdonosnak mint ilyen szükséges kiadást, de már ha a sintértől vettem meg a kutyát, akkor igen, mert ha nem vettem volna meg, a dolog elpusztult volna. Vannak másodszor *impensae utiles*, oly kiadások, a melyek a dolog fentartására nem okvetlenül szükségesek, de azért hasznosak. Ezeknek megtérítését csak a jóhiszemű birtokos követelheti, csak ő élhet ezek erejéig retentióval, a rosszhiszemű nem. A rosszhiszemű csak annyit tehet, hogy, ha ezek a beruházások a dolog állagának sérelme nélkül elválaszthatók a dologtól, eltávolíthatja őket, *ius tollendij* van, de nincs *ius retentionis*. Vannak végül az ú. n. fényűzési kiadások: *impensae voluptariae seu luxuriosae*. Hogy valamely kiadás *necessarius*-e, annak obiectiv criteriuma van, a másik két kiadásnak csak subiectiv, még pedig a tulajdonosra való tekintettel ítélendő meg, nem pedig a beruházó személyéből kiindulólag. Az *impensae voluptariae* esetében még a jóhiszemű birtokos sem élhet retentióval, neki is csak *ius tollendij* van, de a tulajdonos a *ius tollendi*-t, illetve a *ius tollendi*-vel érvényesíthető beruházásokat megválthatja annyiért, a mennyit ő ezekért kapna. Így kunyhóban alkalmazott tapétákat ingyen kellene ott hagyni, mert ezek a kunyhó értékét semmivel sem emelték. Ezt sokan úgy fejezik ki, hogy mindent, a minek értéke nincs s így elvitele csak chicane volna, alperesnek ott kell hagynia.

2. *Exceptio servitutis, pignoris* stb. Alperes azon az alapon, hogy őt a dolgon rész-dologi jog, ú. n. idegen dologbeli jog illeti, visszatarthatja a dolgot, ha t. i. ez a részjog a dolog birtokával jár, és ezt a jogát felperes rei vindicatiojával szemben *exceptio doli*-val érvényesítheti.

3. *Exceptio rei venditae, donatae* stb. Alperes kötelmi (személyes) viszonyból eredő kifogásokat emelhet, hogy pl. a dolog ugyan felperesé, de neki eladta, ajándékozta stb., s így köteles volna úgy is a tulajdont rá átruházni, tehát dolose jár el, a mikor mégis követeli a dolgot: *dolo petit, qui petit, quod mox redditurus est*.

Jegyzet. A rei vindicatio condemnatioja, mint minden condemnatio a formularis per korában csak pénzre szólott. Ha tehát felperes naturalis szolgáltatást akart, a praetor a formulába beillesztette a *clausula arbitrariat* . . . nisi tuo arbitrato restituisset . . . , melynek alapján a bíró kibocsátotta az arbitrium de restituendo, és csak ha alperes ennek eleget nem tett, tért át a bíró a pénzbeli marasztalásra, melynek nagyságát felperesnek ius iurandum in litem-je alapján, becselő esküje alapján határozta meg.

II. *Negatoria in rem actio*. Ezzel a tulajdonos az ellen él, ki őt a dolog tulajdonában gátolja, ki tulajdonjogát bizonyos irányban sérti. (Persze mint birtokos az illető interdictumokkal, mint jóhiszemű birtokos a Publiciana actióval is élhet, de mint tulajdonos ez esetben őt a negatoria actio illeti meg.) Felperesnek tehát a maga tulajdonjogát és azt kell bizonyítania, hogy alperes ezt a tulajdonjogot háborgatta. Azt hogy alperesnek erre a háborgatásra joga nincs, neki bizonyítania nem kell, az vélelmeztetik, míg alperes az ellenkezőt be nem bizonyítja. Sokáig az ellenkező vélemény volt uralkodó, mert a formula intentiója negative volt formulázva (innen negatoria actia): „si paret Numerii Negidii ius non esse” s így azt mondták, hogy mint mindent az intentióban, úgy azt is felperesnek kell bizonyítania, hiszen ő állítja, hogy alperesnek az ő dolgára behatni joga nincs. Ez helytelen. Már csak azért is, mert ha a rei vindicatio esetén, mikor pedig a teljes tulajdon van megsértve, mikor a tulajdonos egyáltalában nincs birtokban, felperes csak a maga tulajdonát és annak megsértését (ott t. i. alperes birtokát) tartozik bizonyítani, még inkább elegendő ez a bizonyítás itt, a hol a tulajdonjog csak partialisan van megsértve, és a hol a tulajdonos még birtokban is van.

A negatoria actio petituma: a tulajdonos jogának elismerése, a zavarás megtiltása, eddigi zavarásért adandó kártérítés és biztosítékadás további zavarás megszüntetésére (*cautio de amplius non turbando*).

Az actio negatoria rendesen negative van megfogalmazva, innen neve is. Beszélnek *actio prohibitoria*ról is, ez t. i. a negatoria actiónak oly formulája, melynek intentiója nem tagadó, hanem állító. Pl. Si paret Aulo Aggerio ius esse prohibendi Numerium Negidium ire agere.

III. FEJEZET: A BONAE FIDEI POSSESSOR JOGA.

89. §. A bonae fidei possessio.

A tulajdonosnak a perben tulajdonát kellett bizonyítania, illetőleg azokat a tényeket, melyekből erre következtethetni. Ennek bizonyítása nagyon nehéz. Ha pedig tulajdonát be nem tudta bizonyítani sem az által, hogy auctora is tulajdonos volt, sem az által, hogy a dolgot már elbirtokolta, akkor bár tulajdonos volt, védtelen maradt volna, ha csak a rei vindicatio és negatoria in rem actio állt volna rendelkezésére. Ez a két kereset, vagyis a tulajdonjog védelme a tulajdonosnak nem elegendő. Kellett oly védelem is, a melynél az auctor jogát nem, hanem csak a szerzési tényt kell bizonyítani, és a mely megvédjen minden harmadik kevésbbé jogosult ellen. Mivel pedig az előd jogától eltekintettek, akkor is védtek, ha elődöm, nemcsak hogy bebizonyítható joggal nem, de semmiféle joggal sem birt, vagyis én nem voltam tulajdonos. Ez az intézmény tehát nemcsak a tulajdonosnak, hanem másnak is, a ki csak tulajdonszerző tényt tudott bizonyítani (ú. n. jóhiszemű birtokos), védelmére szolgált. Sőt idővel a szerzési tény bizonyítása is elengedtetett, maga a birtokos mint ilyen védetett, birt jogokkal (l. Birtok.) A dologra irányuló teljes hatalom védelmében tehát három fokozat van: 1. Tulajdon; a védelmére szolgáló kereseteknél bizonyítandó a szerzési tény, és ha ez származékos, akkor az előd joga is. 2. Jóhiszemű birtok; a védelmére szolgáló keresetnél (Actio Publiciana in rem) csakis a származékos szerző mód (titulus) bizonyítandó. 3. Birtokjog, a védelmére szolgáló kereseteknél (interdictumok) csakis a birtok ténye, a birtokállapot bizonyítandó. A második és harmadik joggal a törvényhozó tulajdonképen a tulajdonoson akart segíteni, de kénytelen belenyugodni abba, hogy a nem-tulajdonos is élvezze.

A római jog abból az elvből indul ki, hogy ha bármennyire jóhiszemű vagyok is, ha elődöm nem volt tulajdonos, én sem szerzek tulajdont, viszont, ha elődöm tulajdonos, megszerzem én is a tulajdonjogot, bármennyire gondolom is, hogy auctorem nem tulajdonos. Tehát plus est in re, quam in existimatione mentis. Már a mai jog ad tulajdont, bár az auctor nem volt az, így osztr. polg. törvk. 367. §., magyar keresk. törv. 299. és 300. §§. Vagyis a mai jog a jóhiszemű vevőt absolute, mindenkiel szemben védi. Nem így a római jog. De a római jog sem hagyhatta védtelenül a jóhiszemű vevőt, birtokost, oly harmadik ellen, a kinek a dologra semmi jogcíme sincsen. Ezért a római jog is ad neki keresetet egy pár személy kivételével, mindenki ellen. Ilyen módon a jóhiszemű birtok külön absolut joggá lett. (A jóhiszemű birtok elnevezés voltaképen helytelen, mert nem a jóhiszemű birtok volt a jog alapja, hanem a iustus titulus, a tulajdonszerzésre alkalmas szerző mód. Némelyek

jóhiszemű birtok helyett a jogszerű szerző jogának, mások a vélelmezett tulajdonos jogának nevezik.) Azt a keresetet, a melyet a jóhiszemű birtokos nyert, állítólag valami Publicius praetor hozta be (innen neve Actio Publiciana) a res Mancipi-knek hibás Mancipatio vagy traditio útján való szerzésének védelmére, röviden a bonitar tulajdon védelmére (l. fentebb a tulajdon fajainál). Idővel, midőn a res Mancipi és nec Mancipi féle megkülönböztetés, vele a bonitar-tulajdon is megszűnt, az actio Publiciana az olyan tulajdonszerzést védte, a mely hibás, vagy mert az auctor nem volt tulajdonos, vagy mert nem volt elidegenítési képessége. Ez a kereset voltaképen nem volt más, mint rei vindicatio, illetve negatoria in rem actio, bővítve azzal a fictióval, hogy felperes már elbirtokolta a dolgot. A kereset tehát honoraria, még pedig fictitia és természetesen in factum concepta actio volt, mert hiszen felperes a szerzés tényére hivatkozott csak, joga (már t. i. ius civile szerint) nem volt. De ezt a Publiciana actiót a jogszerű szerzőnek (jóhiszemű birtokos) a praetor nem mindenki ellen adta, hiszen különben tulajdonos lett volna, hanem csak azzal szemben, a kinek az övénél kisebb joga volt.

A bonae fidei possessio tehát absolut jog, mely mindenki ellen fordul, ki ezt a jogot sérti (a dolgot birtokolja, vagy bizonyos irányban használja) és kevesebb joga van, fordul pedig utilis rei vindicatio-val, illetve utilis negatoria-val, egy néven Publiciana actio-val.

A *bonae fidei possessio* keletkezik minden tulajdonszerzési tény által, még akkor is, ha a szerzőtől nem ismert menthető hibája van, vagyis valahányszor a szerző a condicio usucapiendibe jut. Ezért némelyek a bonae fidei possessio joga helyett a conditio usucapiendi jogáról szólnak. A jóhiszemű birtok szerzésének kellékei tehát: iustus titulus, mely putativus is lehet és a possessio megszerzése (apprehensio). Idővel a bonae fidei possessio jogát akkor is meg lehetett nyerni, a mikor a tulajdonszerzés már nem járt birtokkal pl. az ex lege tulajdonszerző vagy a legatarius per vindicationem. Hogy ez is megnyerte a bonae fidei possessio jogát (itt a név tényleg lucus a non lucendo), ez a glossatorok, Windscheid és a praxis nézete. Dernburg az ellenkezőt állítja. Tehát az uralkodó tan szerint már csak a iustus titulus kell joga igazolására a bonae fidei possessor-nak bizonyítania, a mivel szemben alperes a mala fides és a res inhabilis voltát bizonyíthatja. Ha ezt alperesnek sikerül bebizonyítania, nincs bonae fidei possessio, mert nincs condicio usucapiendi sem. Megjegyzendő azonban, hogy míg a mala fides superveniens a kánonjog szerint az elbirtoklás szempontjából nocet, a jóhiszemű birtok jogának szempontjából még a kánonjog szerint sem árt, mert hiszen a Publiciana actio nem a tulajdonos ellen fordul, mint az elbirtoklás, hanem csak a harmadik kevésbé jogosult ellen fordul, és ezzel szemben a védelem még mala fides superveniens esetében sem tagadható meg.

A *bonae fidei possessio* változásai ugyanazok, a melyek a tulajdont változtató tények is.

Megszünési módjai is ugyanazok. De míg a tulajdonom az által, hogy más megszerzi, az én személyemben megszűnik, addig a *bonae fidei possessio* esetleg fenmarad.

A *bonae fidei possessio* védelmére a *Publiciana actio vindicatoria* és *negatoria* szolgál. Indíthatja valamely dolognak a jóhiszemű helyesebben jogszerű szerzője a dolog birtokosa ellen, kivéve, ha ez a birtokos a dolognak tulajdonosa, vagy ha szintén *bonae fidei* possessor. Ha a birtokos alperes tulajdonos is, akkor a *Publiciana actio* ellen *exceptio iusti domini*vel él, melyet azonban felperes, ha auctora épen alperes volt, *replicatio rei venditae (donatae) et traditae*vel üthet el. Ha a birtokos alperes szintén *bonae fidei* possessor, akkor meg kell különböztetni, vajjon ugyanazon auctortól nyerte-e *bonae fidei* possessióját, mint felperes? Ha igen, úgy megint az a kérdés, előbb nyerte-e vagy később? Ha előbb a *potior iure qui prior tempore* elvénél fogva *excipiendo* visszautíthati a *Publicianat*. Ha azonban később nyerte, el fog marasztaltatni. Már abban az esetben, ha nem ugyanazon auctortól szerezte jogát, a *melior est condicio possidentis* elve érvényesül és így tekintet nélkül az időrendre, visszautasíthatja felperes *Publiciana actio*ját. A *Publiciana actio*val szemben azonkívül ugyanazok az exceptiók emelhetők, a melyek a *rei vindicatio*, illetve *negatoria* ellen emelhetők. A *Publiciana petituma*: a birtokhoz való jognak elismerése, a per tárgynak *cum omni causa* restituálása felperes kezéhez.

A *bonae fidei* possessor védelme az alperesi állásban az *exceptio rei venditae (donatae sth.) et traditae*, a mely nem egyéb, mint a *Publicianának* *exceptio* formájában való felhozatala.

Megjegyzés: Mint már előbb kifejtettük, következetesen most a birtok-jog tárgyalásának kellene következnie, de szintén kifejtett okokból ezt már az alapintézményt, t. i. a tulajdont megelőzőleg tárgyaltuk.

IV. FEJEZET. SZOLGALMI JOGOK.

90. §. A szolgalmi jog fogalma és fajai.

Idegen dolgot én használhatok a nélkül, hogy a dolognak minden irányban való felhasználására volna szükségem, — nekem a dologra csak egy irányban van szükségem. Ha már most a *iura in re aliena* (l. 53. oldal) nem léteznének, meg kellene szerezni a dolog tulajdonát, hogy a dolgot a szükséges egy irányban használhassam, az pedig azért az egyoldalú élvezetért igen nagy ár volna. Ha pl. nekem, hogy a magam telkére juthassak, át kell mennem egy idegen telken, csak nem lehet tőlem azt megkivánni, hogy ezt az idegen telket ezért megvegyem. A másik módja, hogy az idegen

dolog bizonyos irányban való használhatását, az idegen telken való átjárást magamnak biztosítsam, az lehetne, hogy az illető dolog, a telek tulajdonosával kötelmet alapítok, kötelezem őt, hogy tűrni fogja mindenkor, hogy én az ő dolgát abban az irányban használjam, hogy én a telkén átjárjak. Ez a kötelmi jog azonban nem elég biztosíték, mert a kötelem csakis a speciális kötelezettel szemben biztosít, mással szemben nem. Ha másvalaki akar engem az átmenetben megzavarni, kötelmi jogom alapján nem léphetek fel ellene. Hogy ne kelljen tulajdont szerezni és másrészt, hogy mégis ép oly biztos, ép úgy védve legyek mindenkivel szemben, mint hogy ha tulajdont szereztem volna, erre valók a *iura in re aliena*. Ezek is abszolút jogok, a jogosult mindenkivel szemben védve van, de nem oly irányban mint a tulajdonos, hogy rajta kívül arra a dologra senkinek sem szabad behatnia, hanem csak oly irányban, hogy senkinek sem szabad őt a dolognak egy bizonyos nem teljes használatában zavarni. A *iura in re aliena* tehát abszolút részjogsultságok

Justinianus a maga institutioiban csak egy idegen dologbeli jogot említ: a szolgalmat, a servitust. Az a név, a melylyel a római jog a szolgalmat jelöli, voltaképen ráillik minden idegen dologbeli jogra, mert mindegyiknél az idegen dolog bizonyos tekintetben servit. Egy dolog le van kötve, ép úgy, mint a rabszolgaság esetében le van kötve az ember (innen a név). Ez utóbbi esetben servitus hominisről beszélünk, az előbbiben servitus reiről, röviden servitusról. Ez tehát voltaképen minden idegen dologbeli jog. Minthogy azonban a régi római jog az egész respublicán keresztül csak a szolgalmat, az idegen dologbeli jogoknak ezt az egy fajtát fejlesztette ki, azért csak ezt nevezték servitusnak. A többi idegen dologbeli jog új nevet kapott.

A servitus, szolgalom abszolút jog, melynek tartalma az, hogy egy dolgot, a mely nem az enyém, bizonyos irányban használhatók és védre vagyok mindenkivel szemben olyképen, hogy mindenkinek, úgy a dolog tulajdonosának, mint mindenki másnak, meg van tiltva, hogy engem a dolog illetően használatában zavarjon. Ha mégis zavar, én őt beperelem (*actio confessoria*val), őt eltiltják a további zavarástól és káromat is meg tartozik téríteni.

A rómaiaknak a nemzetgazdaság iránt nagy érzékük volt. Ők kiéreztek, hogy ezekkel a részjogosítványokkal nagyon csínján kell bánni, ilyen jogokkal a tulajdont derűre-borúra előnteni nem tanácsos, mert az eredmény az lesz, hogy az idegen kézben levő tulajdon teljesen értéktelenedik. Ha egy dologon 30—40 jogosítvány van, a melyet onnan absolute nem lehet eltávolítani, akkor a tulajdonos inkább túl fog adni a dologán. De vevő sem igen fog akadni, mert a szolgalmassal szemben ő is kötelezve marad. Így a sok szolgalom a dologra teherként nehezednék. A nemzetgazdaság elve az, hogy a maga dolgát mindenki maga tudja legjobban felhasz-

nálni. Az idegen embernek a maga részjogosultságánál az érdeke nem az lesz, hogy a dolog értéke ne csökkenjen, hanem az, hogy ezt az ő jogosultságát minél jobban kihasználja. Ma pl. épen ebből a szempontból nem szeretik a rövid bérletet. És ugyanebből a szempontból nem engedi meg a római jog a *iura in re aliena* terén a jogosítványokat ilyen széles terjedelemben, hanem criteriumokat állít fel. Ezt a nemzetgazdasági elvet a középkorban nem érvényesítették és ezért a german jogok és azok alapján a legújabb időkig az összes európai jogok, kivéve a római jogi területet, megengedik az idegen dolgoknak, különösen ingatlanoknak számtalan irányban való megterhelését. A középkorban az a kép tárul elénk, hogy az ingatlan majdnem értéktelenné lett, úgy, hogy arra *realis* hitelt nem is lehetett kapni. Csak az újabb törvényhozások tudták az ingatlannak részben törlésekkel, részben megváltásokkal újból megadni a szabadságot és már a mi *codificationalis* tervezetünk megint csak lehetőleg kevés számú megterhelést akar elismerni, tehát visszatér a római jogi álláspontra. A criteriumok, a melyeket a római jog szem előtt tart, különbözők a szerint, a mint a szolgalm ingó vagy ingatlan dolgon áll fenn, és ismét mások a szerint, a mint a szolgalm örök időre vagy csak korlátolt időre van hivatva szólni. Korlátolt időre kisebb baj az, ha másnak a dolga erősebben van megterhelve. Ebből a szempontból a szolgalmakat két osztályba osztják fel: *servitutes praediorum* és *servitutes personarum*, telki és személyi szolgalmak. A *servitutes praediorum* örökké tartók, abból a célból állanak fenn, hogy az én ingatlanom jobban kihasználható legyen, és ezért én egy idegen ingatlant terhelek meg, még pedig *in infinitum*, mert hiszen a mire az én ingatlanomnak most szüksége van, arra szüksége lesz 100 év múlva is. Ha az én telkemet az országúttól idegen telek választja el, szükség forog fenn ezen az idegen telken való átjárási szolgalm megállapítására. Az ilyen szolgalmaknál, a melyek egy teleknek jobb használására irányulnak, *perpetua causa est*. Ezekkel szemben vannak szükségletek, a melyek az én személyemre terjednek ki, a melyek legfőlebb addig elégítendőek ki, a míg én élek. Én az én özvegyemnek haszonélvezetet akarok adni a fiam tulajdonán. A tulajdonos a fiam, az özvegyem pedig személyes szükségleteinek kielégítésére szolgalmat nyer, a mely legfeljebb élete hosszáig tart. Az ilyen személyes szolgalm még rövidebb ideig is tarthat, pl. haszonélvezetet adok az özvegyemnek addig, míg újból férjhez nem megy.

A *praediorum* és *personarum servitus* közti különbség tehát azon alapul, hogy kinek vagy minek a javára szolgál a szolgalm. Az egyik valamely ingatlan, a másik valamely személy javára szól. De nem jelenti a szolgalmaknak ez a két főfaja azt a tárgyat, a melyre a szolgalm fennáll. Mert a *servitus personarum* is fennállhat, sőt a legfontosabb faja fenn is áll ingatlanon. Az azonban, hogy mi a különbséget a szerint teszszük meg, hogy kinek az ér-

dekében áll fenn a szolgáalom, új nehézségekbe sodor. Azt mondtuk, hogy az a jogalany, a kinek a javára a jogokat elismerjük. Ha már most azt mondjuk, hogy a servitus praediorum a telek érdekében áll fenn, vajjon nem-e ez a jogalany? Voltak és vannak, a kik azt mondják, hogy a servitus praediorum jogi személy javára áll fenn, hogy maga a praedium dominans vagy annak a jelen és jövő összes tulajdonosai, azok képezik a jogi személyt, a kinek javára a szolgáalom fennáll. Helytelen és szükségtelen mesterkedés. A servitus mindig ember javára áll fenn, még pedig a servitus praediorum esetei az uralkodó telek mindenkori tulajdonosa javára. Mindig az lesz a jogosult, a szolgáalmas, a ki a teleknek a tulajdonosa.

A servitutes praediorumban mégis a jogoknak egy sajátos fajtajával találkozunk. Ez ugyanis oly jog, mely külön, egyedül nem szerezhető, csak egy más joggal együtt: az uralkodó telek tulajdonával. Ez a jog tehát az accessorius jogok osztályába tartozik. Jogok, a melyek magukban meg nem szerezhethők, hanem csak egy más jognak appendixeként. Olyan az, mint hogy ha a szemüvegesnél a szemüveg mellett kapok tokot is, A mi a dolgoknál a mellék-dolog, a pertinentia, az a jogok terén a mellékjog, az accessorius jog. A ki megszerzi a telek tulajdonát, az megszerzi a telekhez fűződő telki szolgáalmat is, és a telki szolgáalmat csakis a telek tulajdonával együtt lehet megszerezni, úgy mint ma a váltókövetelést csak a váltólevéllel együtt.

Minthogy a telki szolgáalom örökké van hivatva fennállani, ha csak később külön meg nem szüntetik, azért a római jog ezeknek a jogoknak elismerésében fölötte óvatos. Viszont a személyes szolgáalmak terén, a melyek legfeljebb egy ember életéig tartanak, a római jog nem idegenkedik az erősebb megterheléstől sem. Ennélfogva azt lehet constituálni, hogy A. telkének teljes kihasználását birjam egész életemen keresztül (haszonélvezet), úgy hogy A.-nak telkéből semmi haszna sincs. Ezt a jog megengedi mint servitus personarumot. De már ilyen nagy megterheletésnek valamely telek mindenkori tulajdonosa javára való constituálását a jog nem engedi meg.

A római jog különben a szolgáalmakra vonatkozólag a következő alapelveket állítja fel:

1. *Servitus in faciendo consistere nequit sed in non faciendo (in patiando).* Mindig nagyobb terhelés az, ha engem arra köteleznek, hogy én valamit csináljak, mint ha csak tűrnöm kell valamit. Az embereket valami tevésségre kényszeríteni, a részleges rabszolgasággal volna egyenlő. A szolgáalom tehát nem állhat abban, hogy a szolgáalom tárgyának, a dolognak, tulajdonosa valamit tegyen, hanem csak abban, hogy valamit tűrjön, valamit ne tegyen, a mit különben tehetne. Megjegyzendő azonban, hogy az ennek alapján felállított szokásos definitio, hogy „a szolgáalom az az idegen dolog-

beli jog, melynél fogva a tulajdonos köteles valamit tûrni, a mit különben tûrni nem volna köteles, köteles valamit nem tenni, a mit különben megtehetne" helytelen. Helytelen azért, mert nemcsak a tulajdonos van erre a tûrésre, erre a nem tevésre kötelezve, hanem mindenki. A servitus absolut jog. Hogy a ház magasabbra ne építtessék és hogy én az átjárásban ne akadályoztassam, az nemcsak a telek mindenkori tulajdonosának a kötelessége, ez a negatív kötelezettség mindenkit terhel. Hiszen másképen az nem volna absolut jog. De hát akkor miért kötöm ki a szolgalmat csak a dolognak a tulajdonosával? Azért, mert a többieknek úgy sincs joguk engem akadályozni. Ha mi a kötelezett alanyok állását tekintjük, akkor csak servitus in non faciendo, vagy patiendoról szólhatunk. Ha azonban a szolgalmat a jogosított személynek a szempontjából akarjuk jellemezni, akkor *servitus in faciendo*-ról is szólhatunk, pl. úti szolgalom esetén én átjárhatok az idegen telken, jogosítva vagyok tehát valaminek a tevésére. Ugyancsak a szolgalmas szempontjából *servitus habendi*-ről is szólhatunk, jogom van a dolgot birlalni, pl. haszonélvező birlalja a dolgot, a melyen haszonélvezete van. A szolgalmas szempontjából harmadszor beszélhetünk *servitus in prohibendo*-ról is, jogom van bárkit valaminek a tevésében, pl. házam előtt magasabb fal emelésében, megakadályozni. Minden szolgalmat tehát két szempontból kell vizsgálni: a szolgalmas és a kötelezettek szempontjából. Hogy csatornát vezethetek a szomszéd telken keresztül, az az én részemről servitus habendi, a szomszéd s egyáltalában mindenki más részéről servitus patiendi. Ilyképen a servitus patiendinek az egyik oldalon megfelel a másik oldalon a servitus faciendo et habendi (ezek *servitutes affirmativae*) a servitus non facierendinek a servitus prohibendi (ezek *servitutes negativae*). Megjegyzendő, hogy némelyek azon elv alól, hogy *servitus in faciendo consistere nequit*, kivételt látnak a *servitus oneris ferendib*en, de ez sem annyira servitus in faciendo mint inkább servitus in patiando.

2. *Nulli res sua servit.* Senkinek sem lehet szolgálma a saját dolgán. A mi természetes is, hisz a kinek a teljes dolgon, helyesebben a dolgon teljes joga van, annak nem lehet azonfelül részjoga is. Ezért, ha a szolgalmas megszerzi a res serviens tulajdonát, akkor a szolgalom megszűnik, mert mintegy beleolvad a tulajdonjogba. Ezért mondjuk, hogy a szolgalom ilyenkor per confusionem megszűnik.

3. *Servitus servitutis esse non potest.* Alszolgalmi jog (à la albérlet) nem lehetséges, valamint

4. *Per partes servitus imponi non potest.* A szolgalmi jog (kivéve az *ususfructust*) nem osztható.

5. *A szolgalom civiliter gyakorlandó*, azaz a szolgáló teleknek lehető kimélésével.

6. *A szolgalmak elidegeníthetlenség.* Ez azonban cum grano salis értendő. A telki szolgalmak magukban igaz, hogy nem idegeníthetők el, de már az uralkodó telek tulajdonával együtt igen, magukban tehát el nem idegeníthetők, a telek tulajdonával együtt igen. A személyes szolgalmak még így sem, mert hiszen nincsenek is kapcsolatban más dolognak tulajdonával. A személyes szolgalmak tehát iura personalissima, a melyek sem el nem idegeníthetők, sem át nem örökíthetők. Mégis az ususfructusnál, bár személyes szolgalom, a jog maga ugyan nem, de annak gyakorlása elidegeníthető.

A servitusnak fajtái:

1. Történelmi szempontból fontos a civiljogi és praetori szolgalmak megkülönböztetése. A különbség ugyanaz, a mi a quiritar és bonitar tulajdon között fennáll, és ezekhez hasonlóan Justinianus idejében szintén megszűnt.

2. Positiv (affirmativ) és negativ szolgalmak. Erről már szólottunk.

3. Állandó és nem állandó szolgalmak (servitutes continuae és discontinuae), a szerint a mint folytonosan vagy megszakítva bizonyos időpontokban gyakoroltatnak.

4. A főfelosztás, melyről már szólottunk: servitutes personarum és praediorum (iura rerum). Ezzel kapcsolatban meg kell említenünk az irregularis személyi szolgalmakat, a melyek oly használatot állapítanak meg, a mely a telki szolgalmaknak szokott tárgya lenni. Tárgyilag tehát telki szolgalmak (úti, vízi, legeltetési szolgalmak), a melyek azonban nem a szomszédos telek mindenkori tulajdonosához, hanem csak egy személy javára, legfeljebb annak élete hosszához vannak kötve.

91. §. A telki szolgalmak.

A telki szolgalmaknál mindig két telekről van szó: uralkodó és szolgáló telekről, praedium dominansról és serviensről, az egyik telek, a melynek javára, a másik, a melyen a szolgalom fennáll. A telki szolgalom terjedelmére a római jog a következő szabályokat állítja fel:

1. Csak inter praedia vicina constituálható servitus praediorum. A servitus dominans- és serviensnek tehát, ha nem is tőszomszédságban, de egymáshoz közel kell feküdnie. Az én pesti házam javára nem constituálhatok telki szolgalmat egy bicskei telekre. Csak olyan közeli telkeknél engedi meg a római jog a telki szolgalmat, a melyeknél az egyik telek kihasználása elkerülhetetlenné teszi a másik telek megterhelését. Pl. úti szolgalmat telkem javára a római jog megenged mindazon telkekre, melyek az én telkem és az országút közt fekszenek, de már Vácztól Budapestig terjedő úti

szolgalmat nem enged meg, és igen helyesen. Meg kell jegyezni, hogy az a tétel, hogy a két teleknek közel (nem tőszomszédságban) kell egymáshoz feküdnie, úgy értendő, hogy a két telek közé eső teleknek is ugyanazon szolgálommal kell megterhelve lennie. Mert ha a közbeeső telken nincs szolgálom, nem lehet a távolabbin sem.

2. Ilyen szomszéd telkek közt is csak úgy és csak oly szolgálom constituálható, hogy a megterhelés állandóan javára válják az uralkodó teleknek és a megterhelt telek állandóan képes legyen ezt az előnyt nyújtani. Ez az, a mit *perpetua causa*-nak neveznek. Tíz évre alapítandó malom számára vízmerítési szolgálom nem érvényes, mert csak 10 évig van rá szükség, már pedig ideiglenes célra telki szolgálmat alapítani nem lehet. Összefügg ez még azzal, hogy

3. *Servitus vicino praedio utilis sit*. Arra tehát nem lehet szolgálma a szomszédomnak, hogy az én telkemen lawn tennis pályát nyisson. E szempontból ma sok visszaélés tapasztalható. A szolgálom terjedelmét is az uralkodó telek szükséglete szabja meg.

A *servitutes praediorum* kétfélék: *servitutis praediorum rusticorum* és *urbanorum*, kültelki (mezei) szolgálmak és városi (házi beltelki) szolgálmak, a szerint t. i., a mint az uralkodó telek az illető szolgálomnál mezei, vagy városi telek szokott lenni. A rómaiak, ha pusztán *servitus*ról beszélnek, mindig a *servitutes praediorum rusticorum*ot értik alatta, mert ezek a legrégiebbek. A mezei és városi szolgálom megkülönböztetés arra vezetendő vissza, hogy *servitutes praediorum rusticorum* azok, a melyek a mezei gazdasági élet körében fejlődtek ki, míg városiak azok, melyek a városban keletkeztek. A megkülönböztetési alap tehát csak historikus, mert városi szolgálom létezik falun is, míg, ha pl. Pesten átjárási szolgálom van, ez, bár városban van, mégis mezei szolgálom.

A legfontosabb *mezei szolgálmak* ezek:

a) *Úti szolgálmak*: *iter*, út a szomszédom telkének határszélén, gyalogösvény, a melyen járhatok, lovagolhatok; *actus*, marhacsapás, barom- és kocsihajtás joga, persze *qui actum habet, et iter habet*, azaz *sine iumento* is átjárhat a telken; *via*, csinált út a szomszédom telkén, magában foglalja úgy az *iter* mint az *actus* jogát; *servitus navigandi*, a jog, hogy idegen tavon áthajózhatom, hogy telkemre jussak.

b) *Vízi szolgálmak*: *aquae ductus*, vízvezeték joga, tehát szomszédom telkén csövek lerakásának joga; *pecoris ad aquam apulsus*, a barmomat a szomszédom telkén itathatom; *aquae haustus*, vízmerítés joga; *servitus aquae educendae s. immittendae*, a szomszédom telkére lebocsáthatom a vizet az én telkemről, tehát az *aquaeductus* megfordítottja.

c) *Legeltetési szolgálmak*: *servitus pascendi s. pascui*.

d) *Egyéb szolgálmak*: *ius* (*ius per eminentiam servitust* jelent) *silvae ceduae* (favágási jog, *cretae eximendae*, *lapidis eximendi*, *arenae*

fodiendae, calcis coquendae stb. (l. 320 o.) Megjegyzendő, hogy csak egy külteki szolgáalom van, a mely *servitus negativa*, t. i. az a szolgáalom, hogy szomszédom a maga telkén nem kutathat vizet, hogy így az én telkem vízállománya ne szenvedjen alatta.

Városi (házi, beltelki) szolgalmak a következők:

a) Átépitési vagy beépítési szolgalmak: *servitus tigni immittendi*, szomszédom köteles tűrni, hogy házamnak egy kiálló részét, gerendáját, az ő házába betoljam, beépítsem; *servitus oneris ferendi*, szomszédom tűri, hogy házamat az ő falára, czölöpjeire támaszszam (ezzel együtt a szomszédomnak az is kötelessége, hogy ha ez a fal, vagy czölöp, melyre házam támaszkodik, megrongálódik, ő azt kijavíttassa); *servitus protegendae*, az a jog, hogy tetőmnnek egy része (suggrunda), *servitus proiciendi*, házam erkélye stb. nyúlhat át szomszédom telke fölébe.

b) Vizlefolyási, füst- és gőzvezetési szolgalmak: *servitus stillicidii* (recipiendi, immittendi, avertendi), jog arra, hogy az esővíz az én tetőmről a szomszéd telkére lecsöpögjön vagy megfordítva; *servitus fluminis*, az esővizet az ereszből összegyűjtve bocsáthatom szomszédom telkére; *servitus cloacae immittendae*, a tisztátalan vizet csatornában bocsáthatom szomszédom telkére, vagy vezethetem azon át; *servitus fumi immittendi*, a füstöt (persze nagyobb-szerűt) átvezethetem a szomszédom telkére (kisebb, rendes füstöt ő úgylis köteles eltűrni; l. a tulajdon határaival); *servitus latrinae s. sterculini* közvetlenül szomszédom telke mellett szemétködröt tarthatok stb.

c) Világossági és kilátási szolgalmak: *servitus altius non tollendi*, megakadályozhatom szomszédomat abban, hogy bizonyos magasságon túl építkezzék, hogy a világosságtól vagy a kilátástól az én házamat meg ne foszsa; *servitus ne luminibus officiatur*, hogy szomszédom semmikép se változtathassa meg a telkemre eső világosságot; *servitus ne prospectui officiatur s. prospiciendi*, szomszédom a telkémről élvezhető kilátást ne zavarhassa; *servitus fenestralis* (luminis immittendi s. luminum), szomszédom falán ablakot üthetek, a melytől ő a világosságot meg nem vonhatja.

Megjegyzendő, hogy az oly városok, melyek statutumai kifejezetten elrendelik, hogy pl. szomszédom köteles legyen esővizemet, füstömet befogadni stb., ott erre irányuló szolgáalomra nincs szükség. Ott a szolgáalom épen abban fog állani, hogy ő ne legyen köteles ezt eltűrni, hogy ő magasabbra építhessen stb.

92. §. A személyes szolgalmak.

A személyes szolgalmak nem azért neveztetnek személyeseknek, mintha személyen állanak fenn, hanem mert közvetlenül személy javára állanak fenn. A telki szolgalmak is személy javára állanak ugyan fenn, de csak közvetetten meghatározva az uralkodó

telek tulajdona által. A telki szolgáalom örökletes jog, a személyes tisztán a személyhez tapadó, tehát nem örökletes jog. A különbség a telki és személyi szolgálomak közt az, hogy 1. ez közvetlenül, az közvetve illeti meg a személyt; 2. ez csak a személy élete végéig tarthat, más személyre át nem ruházható, míg a telki szolgáalom a telek tulajdonával együtt átszáll a telek mindenkor későbbi tulajdonosára; 3. a személyes szolgáalom tartalmára nézve az idegen dolognak sokkal intensívebb kihasználására irányul, mint a telki szolgáalom. A személyes szolgáalom annyira kiterjeszthető, hogy minden haszon, a mely abból a dologból húzható, a dolog minden gyümölcsei a szolgálomast illessék. A kihasználás foka szerint három fajtáját különböztetjük meg a személyes szolgálomnak: az *usus-fructus*, haszonélvezet, a legerősebb, *usus*, használat, a leggyöngébb, középső fok: *habitatio, operae servorum* és *animalium*.

I. Az *ususfructus* az idegen dolognak legintensívebb kihasználására irányul. *Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Én jogosítva vagyok az idegen dolgot magát is használni, annak összes gyümölcseit is felhasználni, még pedig *salva rerum substantia*, azaz úgy, hogy magát az állagot, a substantiát el ne fogyasztom. A gyümölcsöt a perceptio által szerezem meg, ettől a pillanattól fogva az én tulajdonommá lesz, de már örökösömnek nincs joga percipiálni a gyümölcsöket, még ha én ültettem is a fát, én vetettem be a földet, mert az *ususfructus* át nem örökíthető. Az *usufructuarius*, a haszonélvező a dolog hasznát, gyümölcsét nem a tulajdonossal együtt, hanem kizárólagosan húzza, míg pl. a *servitus calcis coquendaenál* a tulajdonosnak is van joga meszet égetni. Az *ususfructusnál* a gyümölcs, a kamat kizárólag az enyém, míg a tőke, az állag tulajdona, a *mera proprietas* a tulajdonosnál marad. Iustinianus azt mondja, hogy a szolgáalom *ius est in corpore*, tehát a dolog megszűntével megszűnik a rajta fennálló tulajdonjogon kívül a szolgáalom is. Kérdés, vajjon a szolgáló dolog tulajdonosa megszüntetheti-e a dolgot. Nem, ő nem semmisítheti meg a dolgot. Másra átruházhatja, de ez is köteles a szolgálomast eltérni, hiszen ezért abszolút jog. Ha valaki a szolgáló dolgot mégis megsemmisíti, a szolgáalom természetesen megszűnik, de a szolgálomastnak a dolog megsemmisítőjével szemben kártérítési igénye van.

Létezik *ususfructus fundus, aedes, servus, iumentum* stb. fölött. Az *ususfructus aedium* pl. abban áll, hogy a ház jövedelmét, a lakbért húzom, magam is lakhatom benne, szóval húzom a ház *fructus civilisét*. A *fructus civilis* ellentéte a *fructus naturalis*, a mit a dolog természeti erők folytán hoz létre: a tehén borja, a kőbánya köve. Ez utóbbi szintén *fructus*, bár nem organikus erőproductuma a tőkedolognak. Ha én a bányából a követ kivágom, akkor azt tulajdonképpen a *salva rerum substantia* megsértésével teszem. Mégis *fructusról* beszélünk, mert a bányának gazdasági rendeltetése az,

hogy az egyes részek kivétessenek és mert a részek kivétele ropant lassan fogyasztja a tőkét. Ezért a bánya még *res non consumptibilis*, azaz oly dolog, mely a használat által csak igen lassan semmisül meg.

Ususfructus esetén nemcsak magam használhatom a dolgot, hanem a használatot másnak is átengedhetem akár pénzért, akár ingyen, az összes gyümölcsöket szedhetem, eladhatom őket, elajándékozhatom, sőt magát a gyümölcsszedést is eladhatom és elajándékozhatom. De nem adhatom el a jogot, a mi abban nyilvánul, hogy halálommal megszűnik a jog, még ha el is adtam a gyümölcsszedést. ~~Maga a jog át nem ruházható, hanem csak a gyakorlása.~~ Ez a gyakorlás persze a *bonus vir* arbitrusának megfelelő kell hogy legyen. Az ususfructus gyakorlása feltételezi, hogy a haszonélvezőnek a dolgon birlalata legyen.

E jogosultságokkal szemben a haszonélvezőt kötelezettségek is terhelik. Minthogy ő húzza a dolognak minden hasznát, ő viseli annak minden terhét is. A jó családapa gondosságával tartozik eljárni, ezért ~~culpa levisért~~ is felel. Az ususfructus idejének leteltékor a dolgot oly állapotban kell visszaadnia, a melyben ő azt átvette. A haszonélvezet tárgya tehát csak oly dolog lehet, a melynek állaga a használat és gyümölcsöztetés által nem csökken, vagyis *res non consumptibilis*, el nem használható dolog. Maga a visszaadási kötelezettség ma magától értetődik, vi legis terheli a haszonélvezőt. A római jogban csak akkor terhelte ez a kötelezettség, ha ezt külön megígérte, ha ő erre magát egy stipulációban kötelezte. Ez a kötelezés, ez a stipulatio volt a *cautio usufructuaria*. Csakhogy ilyen cautio kötése nem volt az ő szabad tetszésére bízva, ő ezt köteles volt kötni (141. oldal).

Meg szoktak különböztetni *ususfructus causalis s. coniunctus formalis seu separatustól*. Az előbbi a tulajdonosnak saját dolgán való használati, gyümölcsöztetési joga, tehát nem szolgálat, helytelenül neveztetik tehát ususfructusnak, ezzel csak az ú. n. formalis, vagy separált haszonélvezet nevezhető. Beszélnek *ususfructus legalis*-ről, a melylyel a vi legis keletkező haszonélvezeteket jelölik.

Az ususfructussal gazdaságilag kapcsolatos az ú. n. *quasi ususfructus*, jogilag azonban egészen más. A quasi ususfructus olyan ususfructus, mint a milyen quasi ló a bicycle. Egészen más valami, sőt bizonyos tekintetben ellentéte az ususfructusnak. Az ususfructus criteriuma a *salva rerum substantia* — maga a dolog a haszonélvezetbe adóé marad. Ellenben a quasi ususfructusnál magának a dolognak a tulajdonát kapom meg, csak azzal a kötelmi kötelezettséggel, hogy annak idején, a mikor a viszonynak vége lesz, tartozom ~~*tantumdem eiusdemque generis*~~ ugyanannyi és ugyanolyan dolgot visszaadni. Pl. ha én a boros pincze quasi ususfructusát nyerem meg, akkor én megkapom a bor tulajdonát, de a quasi haszonélvezet leteltével köteles vagyok a velem szerződő félnek (*obligatorius*

viszony van csak köztünk) restituere tantum eiusdem generis. Arra, hogy a haszonélvező a dolog tulajdonát is megnyerje, persze csak akkor lesz szükség, ha a szolgáló dolog res consumptibilis, elfogyasztható dolog. Az ilyen dolognál salva rei substantiáról szó sem lehet. A quasi ususfructus tehát a következő viszony: A. B.-nek egy bizonyos mennyiségű consumptibilis, elfogyasztható, elhasználható dolgot ad át azzal, hogy ezek a dolgok a B. tulajdonába menjenek át és hogy annak idején, legkésőbb a B. élete fogytával, ez ugyanennyi és ugyanilyen dolgokat adjon vissza. Elfogyasztható dolgok nem adhatók ususfructusba, csak quasi ususfructusba.

Physikai szempontból minden dolog elfogyasztható. Az tehát csak quantitativ különbség, a melyet ezzel a névvel jelölünk. Res consumptibilis azok, a melyek különösen gyorsan fogynak, szemmel láthatólag, egyszeri használat által: quae usu consumuntur, tehát első sorban, a miket megeszünk, mert azok céljuk szerinti egyszeri használat által elfogyasztatnak. A gyertyánál a fogyaszthatóság már nem oly szembetűnő. Justinianus az elfogyasztható dolgok közé sorozza a vestimenta-t, a ruhákat is. Ezt némelyek esculentának olvassák és a ruhákat nem tartják elhasználható dolognak. Az elfogyasztható dolgok közé, a római jog szerint, tartozik más értelemben a pénz is, bár a pénz épen azért pénz, mert kevésbé kopik. De a pénz annyira nem ismerhető fel egyedileg, hogy a pénzegyed, az egyes pénzdarab, ha egyszer kiadtam, olyan, mintha egyénileg megszűnt volna létezni. Másrészt meg a pénznek épen az a rendeltetése, hogy kézről kézbe kerüljön, rendeltetése tehát a kiadás, vagyis a kiadó számára való megszűnés. Ezért mondták a rómaiak, hogy a pénz is res consumptibilis. A pénz addig van meg, mint individuum, míg ki nem adtam, ha egyszer kiadtam, már consumálva van. (Az elhasználhatóságot meg kell különböztetni a helyettesíthetőségtől. A kettő rendesen egybeesik, de nem ugyanaz. Helyettesíthető (fungibilis) az a dolog, a melyre a forgalomban egyedileg nem szoktunk súlyt helyezni. Nem azt nézzük, hogy ezt az egyedet kapjuk-e, hanem csak azt kérdezzük, mennyi van belőle, nem azt, hogy melyik van belőle. Ez nem természettudományi megkülönböztetés, hanem merőben practikus. Tehát azok a helyettesíthető dolgok, melyeknél a massa teszi, quae numero, pondere et mensura szerepelnek. Nem helyettesíthető dolgok ellenben, a hol az individuumra szokás a súlyt helyezni, pl. ha képet vásárolok, nem mindegy, melyik az. Igen gyakran a helyettesíthető dolog egyúttal elhasználható is, pl. a pénz. Már a kavics helyettesíthető dolog ugyan, de el nem használható. Ép úgy azt sem lehet mondani, hogy minden elhasználható dolog helyettesíthető is, mert pl. valami ritka almapéldány elhasználható ugyan, de nem helyettesíthető.) A res consumptibiles azok, a melyek a quasi ususfructusnak a tárgyai. Ezekre a dolgokra nézve ususfructust constituálni nem lehet, mert ezeknek valódi gyümölcseik nincsenek, ezeknek csak úgy lehet hasznát venni, ha

a substantia felhasználása is megengedett. De akkor már nem lehet ususfructusról szó. Ezeknek használatba adása nem szolgalmi jog, hanem kötelmi jogi contractus és kettőből van összetéve: először, tulajdonba való átadás és másodszor az új tulajdonos részéről azon kötelelem elvállalása, hogy annak idején, a mely idő az ő életénél hosszabb nem lehet, nem ugyan a dolgot, de tantumdem eiusdem generis fog visszaadni. Az igazi ususfructusnál az eredeti tulajdonosnak a tulajdona megmarad, a quasi ususfructusnál csak kötelmi joga marad. Az igazi ususfructusnál a haszonélvezetet nyújtó bármikor visszakövetelheti a dolgot, tulajdonos lévén. (Igaz, hogy a haszonélvező actio confessoria-ival ismét visszaszerezheti a dolgot, sőt a rei vindicatiót, negatoria actiót exceptio dolival vissza is ütheti.) A quasi ususfructusnál ellenben a quasi ususfructust adó az előre kikötött idő leteltéig semmit sem követelhet. Kötelmi joga mindjárt van, de csak platonikus joga, míg obligationis dies cedit, de már a határidő leteltével, mikor obligationis dies venit követelhet is.

Mikor számomra ilyen quasi ususfructust constitui valaki, akkor még nagyobb szükség van arra, hogy én őt biztosítsam, hogy neki ugyanennyit és ugyanilyet vissza fogok adni. Mert az ususfructusnál az ususfructus megszűntével, ha külön cautio usufructuaria nincs is köztünk, ő rei vindicatioval élhet és így is megkapja a dolgát, a quasi ususfructusnál ez a keresete nincs meg. Ezért itt feltétlenül szükség van a cautio usufructuaria-ra, stipulatio-ra vagy más realis biztosításra, kezes állításra.

A quasi ususfructushoz szokás számítani az ususfructus nominumot, a követelések feletti haszonélvezetet is. Ezt a követelés alanya, tehát a hitelező magának az adósnak adhatja. Ez esetben ennek a haszonélvezet ideje alatt sem a tartozást, sem a kamatokat fizetnie nem kell, de cautiót kell adnia, hogy annak idején fizetni fog. Ha a hitelező nem az adósnak, hanem harmadik személynek ad haszonélvezetet a követelésre, akkor ez a cautio adása után jogot nyer arra, hogy a tőkét behajtsa, a fölötte rendelkezék, viszont az idő leteltével restituálni tartozik és felel minden veszélyért. Ha csak a kamatokra nyer haszonélvezetet, akkor a követelést be nem hajthatja ugyan, de a restitució kötelezettsége és a veszélyért való felelősség sem terheli.

II. Habitatio, operae servorum et animalium. Justinianus szerint a habitatio az ususfructustól quantitative különbözik. Míg a haszonélvező nemcsak maga használhatja a dolgot, hanem a használatot pénzért vagy ingyen át is ruházhatja, addig a habitatio esetén a házat csak maga lakhatja és pénzért ruházhatja át a lakás jogát, de ingyen nem ruházhatja át. Qualitative ez a három szolgalmak a többi személyes szolgalmaktól abban különbözik, hogy sem non usus, sem capitis deminutio által meg nem szűnik.

III. Usus. A személyes szolgalmak ~~közt a legalsóbb helyet~~ foglalja el. A szolgalmak csak maga használhatja a dolgot, csak

annyi gyümölcsöt szedhet, a mennyire neki személyes használatra szüksége van. Sem jogát, sem annak gyakorlását másra át nem ruházhatja, a dolog terheit a használat arányában viseli és cautio usuariát köteles adni. Ha valakinek egy ház ususa van hagyományozva, akkor nemcsak maga lakhatja családjával együtt, hanem vendégeket és pensionáriusokat is fogadhat. Ha a proprietarius (a tulajdonos) valakinek usust ad, de a fructust, a gyümölcsötétést magának tartja fenn, akkor ezt a fructust sine usu harmadik személyre ruházhatja. De fructust úgy ruházni másra, hogy az usust a tulajdonos tartsa meg, nem lehet.

93. §. A szolgalmak keletkezése.

Szolgalmat a régi ius civile szerint külön szolgalomkeletkeztető tényekkel szerezni nem lehetett. Szolgalmat csak úgy lehetett szerezni, mint tulajdonjogot: mancipatio, in iure cessio és usucapio által. A tulajdonjognál az első kettő már Justinianus előtt megszűnt, a servitusnál megszűnt mind a három.

1. Mancipatio által csak azokat a szolgalmakat lehetett nyerni, a melyek res Mancipi, tehát a régi mezei szolgalmakat, az úti és vízi szolgalmakat (az aquae haustust kivéve). A később keletkezett szolgalmak keletkeztetése a ius civile szerint nem Mancipatio, hanem in iure cessio által történt. Már ez is mutatja, hogy az in iure cessio későbbi, mint a Mancipatio. Ezek az ügyletek csak római polgárok között voltak lehetségesek és csak oly telkekre nézve, melyek rómaiak, később a latiumbeliekre és végül az italiaiakra is. Már a solum provincialere nem terjedtek ki. Ugyanily korlátok között mozog az

2. usucapio. A servitust el lehetett birtokolni a régi időben egy esztendő alatt. (A szolgalmat ingó dolognak vették.) Az elbirtoklás feltételei egy esztendőn át gyakorolt quasi possessio, iustus titulus, akadálya a mala fides, usurpatio stb. Egy régi lex Scribonia a köztársaság vége felé a szolgalmak elbirtoklását eltörölte. (Az új német polgári törvénykönyv ismétli ezt a tilalmat.)

3. A servitusnak régi ius civilebeli keletkeztető módjai közül csak egy maradt fenn Justinianus idejében, a per legatum való keletkezés. Erről az örökjogban fogunk szólni.

4. Pactio et stipulatio. A régi ius civile csak azokról a telkekről gondoskodott, a melyek Róma, Latium vagy legkésőbb Italia területén feküdtek. Ha a provinciákban akartak ilyen szolgalmi viszonyt teremteni, az ius civile szerint nem volt szolgalom, de a praetor mégis úgy védte, mintha szolgalom volna. Innen vette át a praetor a pactio és stipulatio formáját. A ki szolgalmat akart alapítani, az a megterhelendő dolog tulajdonosával erre nézve pactumot, egyezményt kötött, de azon felül stipulatiót is, a melyben a szolgalmat adó arra az esetre, ha a szolgalmat el nem ismerné, vagy azt más háborgatná, magát poena conventionalis, kötbér fize-

tésére kötelezte. Némelyek szerint ez a *pactio*, ez a megegyezés a szolgálat keletkezésére nem volt egyéb, mint *quasi traditio*. Ha a *traditio* abban áll, hogy B. az én dolgomat az én beleegyezésemmel birtokba veszi, akkor a *pactio-quasi traditio* abban áll, hogy B. az én beleegyezésemmel az én dolgomon a szolgálatat gyakorolja, *iuris quasi possessió*ba veszi. Mások szerint a *quasi traditio* nem azonos a *pactió*val, hanem egy plus, a melynek ehhez a *pactió*hoz járulnia kell. Ezek szerint Justinianus azért nem említi külön a *quasi traditiót*, mert szerinte már e nélkül, tehát *nudum pactum*mal, pusztán megegyezéssel lehetett szolgálatot szerezni.

A *traditio*val az én tulajdonjogomat ruházom át, *quasi traditio*val, illetve *pactió*val azonban nem az én szolgálatomat ruházom át, hiszen nekem nincs is szolgálatom (*nulli res sua servit*). Míg tehát a *traditio* derivatív jogszerző tény, addig a *pactio* (úgyszintén a *mancipatio*, *in iure cessio*, *legatum*, *testamentum*) jogkeletkeztető tény. De másfelől az így keletkezett szolgálat az én jogomtól függ, a mennyiben B. csak akkor szerez szolgalmi jogot, ha én A. a dolognak tulajdonosa vagyok, ennyiben ezek a tények itt is derivatív tények. Ez tehát az originaer és derivatív *acquisitio* mellett egy harmadik alakulat: jogconstituáló tény. (49. o.) A justinianusi jogban a pusztán megegyezés, a melyhez kötbérbiztosítás járul, az a forma, a melylyel a szolgálat constituáltatik.

5. *Longi temporis quasi possessio*. Justinianus a praetornak még egy másik intézményét is átvette. A *lex Scribonia*, a mely eltiltotta az *usucapiót*, nagyon hibás intézkedés volt. Ezért a praetor elismerte nem ugyan az *usucapiót*, de a *longa quasi possessió*t. A justinianusi jogban szolgálatat 10 illetve 20 év alatt lehet elbirtokolni. Megjegyzendő, hogy ehhez sem *iustus titulus* nem kellett, sem a *mala fides* nem volt akadály, de a praxis a kánonjog hatása alatt *bona fides*t már megkívánt.

6. *Deductio servitutis*. Ha a tulajdonos a maga dologát másnak tulajdonába adja, lehetséges, hogy a maga számára ezen az átruházott dologon szolgálatat tartson fenn.

7. *Az adiudicatio*. Ez abban áll, hogy ha többen vannak *condominusok*, *coheresek*, akkor ha fel akarják osztani a közösségi viszonyt, joguk van a bíróhoz fordulni, a ki *ex iusto et aequo* végzi az osztályt. Ugyanekkor a volt *condominusok* egyikének szolgálatat is ítélhet oda. Nagy különbség van az *adiudicatio* és más bírói ítélet között. Más bírói ítélet nem alkot új jogokat, hanem csak kijelenti a már meglevő jogot, mely az ítélet előtt bár vitás volt, de létezett, nem így az *adiudicatio*. Az *adiudicatio* nem *declarativ*, hanem *constitutiv* természetű ítélet.

7. *Ex lege*. Bizonyos személyek már a törvény rendeleténél fogva szereznek *haszonélvezetet*, a melynek neve ezért *legalis ususfructus*. (Nem tévesztendő össze a tulajdon korlátjaival, határaival, melyeknek neve szintén *legalis servitus*.) Ilyen *ususfructus legalis*

nyer az apa gyermeke adventicia regulariáin, a nem bűnös házastárs a válási birságon, a melynek tulajdona a gyermekeket illeti, a parens binubus, a másodszor házasodó szülő, a lucra nuptialiakon, melyeknek proprietasa szintén a gyermekeké, és végül az apa, ha az anya, t. i. neje meghal és utána emancipált gyermekek örökölnék, az anyai hagyatéknak egy virilis portiojan.

A szolgalmak keletkezését tehát négy alapra lehet visszavezetni: magánintézkedésre, elbirtoklásra, bírói ítéletre és a törvényre. Megjegyzendő, hogy magánintézkedés által szolgalmat csak az constituálhat, a ki a szolgáló dolognak tulajdonosa (a tulajdonostársaknak a constituálásba bele kell egyezniök), emphyteutája, superficiarius vagy jóhiszemű birtokosa. Ez utóbbi persze csak oly hatálylyal, hogy a szolgalmas csak azok ellen lesz védve, a ki ellen a jóhiszemű birtokos a maga Publiciana actióját megindíthatja. Ha a dolog törvényes elidegenítési tilalom alatt áll, szolgalom sem constituálható rá.

94. §. A szolgalmak változása és megszűnése.

A személyes szolgalmak alanyilag egyáltalában nem változhatnak; a telki szolgalmak sem önmagukban, csak a praedium dominans tulajdonjogával együtt.

A szolgalom megszűnésének tényei a következők:

1. Mint minden jog, úgy a szolgalom is megszűnik az által, hogy a szolgalmas lemond róla. A régi jog szerint ennek legatum, remancipatio vagy in iure recessio formájában kellett megtörténnie.

2. Az által, hogy maga a dolog, a melyen a szolgalom fennáll, megszűnik vagy res extra commerciummá lesz.

3. A telki szolgalmak az által is, ha az a telek, a melynek javára a szolgalom fennáll, megszűnik.

4. A szolgalmas halála vagy capitis deminutio maxima vagy mediája alapján. Ez által azonban csak a személyes szolgalmak szűnnek meg (azok közül is csak az ususfructus és usus), a telki szolgalmaknak perpetua causájuk volt. Ha a telki szolgalmas meghalt és örökösei sem maradtak, úgy hogy praedium dominans res nulliussá vált, annak occupálója megszerzi a szolgalmat is. Jogi személyek személyes szolgalma megszűnik, ha a jogi személy is megszűnik vagy 100 év lefolyása után.

5. Per modum et tempus. Bizonyos időre, resolutiv feltétellel engedett szolgalmak az idő leteltével, a feltétel beálltával megszűnnek.

6. Per confusionem. Ha a szolgalmas a szolgáló dolog tulajdonosává lesz, vagy a szolgáló dolog tulajdonosa megszerzi a praedium dominans tulajdonát, ez által lehetetlenné lesz a szolgalom, mert

nemini res sua servit. Ha később a szolgálat és a szolgáló dolog tulajdona ismét különválnak, a szolgálat nem éled fel (bár utóbbi időben ennek igen erős védői vannak), ha azonban a confusio semmis vagy azzá lesz, akkor a szolgálat nem szűnik meg. Az ususfructusnál azt a confusiót, hogy a haszonélvező a szolgáló dolog tulajdonát megszerzi, a források *consolidatio*-nak nevezik. (§. 3 I. de usufructu II. 4.)

7. Elévülés által, azaz egy bizonyos időn keresztül való folytonos *non usus* által. Ebben a szolgálat az összes többi jogoktól különbözik. A többi jognál csak az igény, a kereset évül el, a szolgálatnál maga a jog évül el. Hogy bizonyos időn keresztül szolgálatomat nem gyakorolom, az annak a jele, hogy már nincs rá szükségem, már pedig a szolgalmi jogot a jog nem engedi szívesen ok nélkül fennállani. Különösen megjegyzendők a városi szolgalmak, a melyek többnyire a servitutes habendi osztályába tartoznak. Ezeknél szükséges, hogy valami külső alkalmatosság legyen, mely nélkül én a szolgálatot nem gyakorolhatom. A servitus tigni immit-tendi-nél kell, hogy a szomszéd falában lyuk legyen, hogy oda az én gerendámat bedughassam. A ne luminibus officiaturnál külön alkalmatosság nem kell ugyan, de itt is az én kilátásomon kívül plus az, hogy épületének magasságát emelnie nem szabad. Ezért ezeknél a városi szolgalmaknál, az elévüléshez a non ususon kívül még ú. n. *usucapio libertatis* is kell. Vagyis nem elegendő, hogy én nem gyakoroltam a szolgálatot, hanem az is kell, hogy a szolgáló telektulajdonosa oly cselekvényt vigyen véghez, mely szolgálatommal ellenkezik, a servitus tigni immittendinél a lyukat betömje, a ne luminibus officiaturnál házat magasabbra építse. Azaz kell, hogy az egész elévülési időn keresztül a szolgáló telek tulajdonosa azt az állapotot birtokolja, a mely mintegy eleven protestációja az én szolgálatomnak. Ő mintegy elbirtokolja a szolgálatomtól való mentességet, szabadságot. Innen a név: *usucapio libertatis*. Ennek az *usucapio libertatis*nak persze sem *vi* sem *clam*, sem *precario* nem szabad történnie, de másrészt *accessio temporis*nak helye van.

A Justinianus előtti jogban a szolgalmak 1, illetve 2 év alatt évültek el, a szerint, a mint ingón vagy ingatlanon állottak fenn. Justinianus ezt akkép változtatta meg, hogy minden szolgálat inter praesentes 10, inter absentes 20 év alatt szűnt meg non usus miatt. Az oly szolgalmak elévülési idejét, a melyeket csak bizonyos időszakban vagy bizonyos időközökben lehetett gyakorolni, kétszeresen számították. Justinianus ezekre 20 évi elbirtoklást állapított meg. Nem szűntek meg azonban non usus által a következő szolgalmak: *iter ad sepulcrum*, a *habitatio*, *operae servorum* vel *animalium* és a melyek törvényes elidegenítési tilalommal voltak felruházva,

95. §. A szolgalmi jogok védelme.

A szolgalmasnak joga védelmére szolgáló keresete az *actio confessoria* vagy *vindicatio servitutis*. Felperes lehet minden szolgalmas, tehát telki szolgalmaknál a praedium dominans tulajdonosa, sőt több tulajdonos esetén minden társtulajdonosa, superficarius, emphyteutája, záloghitelezője, sőt annak haszonélvezője is, a mennyiben a telki szolgalom megsértése által az uralkodó telken való haszonélvezeti joga is korlátoztatik. Dernburg szerint a publicianus birtokos is megindíthatja az actio confessoriat az általa jóhiszeműen birtokolt teleknek javára fennálló szolgalmak tekintetében. Alperes mindenki, a ki a szolgalom megsértését okozta, vagy fictus possessor, azaz kiadja magát a szolgalom sértőjének stb. Felperesnek bizonyítania kell, hogy ő a szolgalmas és hogy alperes az ő szolgalmi jogát részben vagy egészben megsértette, illetve hogy fictus possessornak tekintendő. Az actio confessorianak célja: a szolgalmi jog elismerése, a jogsértés megszüntetése, esetleges kárnak megtérítése, jövőendő sértésnek megtiltása és erre irányuló cautionnak adása, és a per folyamata alatt esetleg non usus által megszünt szolgalomnak fellesztése.

V. FEJEZET: PUBLICIANUS SZOLGALOM ÉS SZOLGALMI BIRTOK (IURIS QUASI POSSESSIO).

96. §. Publicianus szolgalom és iuris quasi possessio.

Valamint a tulajdon tanában a jogvédelemnek három fokát különböztettük meg: a tulajdonjogot, a publicianus tulajdont (jóhiszemű birtokot, vélelmezett tulajdont) és a birtokjogot, úgy a szolgalmi jogok tekintetében is megtaláljuk ezt a három fokozatot. A legteljesebb jog maga a szolgalmi jog. De ennek fennállására nemcsak a szolgalom keletkeztető tényét kell bizonyítani, hanem azt is, hogy a ki a szolgalmat constituálta, jogosítva volt azt tenni, tehát teszem, a szolgáló teleknek tulajdonosa, a mi probatio diabolica. Ezért ennek bizonyításától itt is eltekintettek, de akkor nem igazi szolgalmi jog áll fenn, nem actio confessoria directa szolgál az ilyenek védelmére, hanem csak jóhiszemű szolgalmi birtokról lehet szó és csak a *confessoria actio Publiciana* (ad normam tulajdoni actio Publiciana) indítható. Ilyen publicianus actio confessoriaja Baron szerint minden olyannak van, a kinek számára a szolgalmat a szolgáló dolognak nem tulajdonosa, hanem csak jóhiszemű birtokosa constituált, mert ha igaz, hogy nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, akkor igaz az is, hogy tantum iuris quam ipse habet, mindenki transferálhat másra. A jóhiszemű birtokos

tehát szolgalmi jogot ugyan nem constituálhat, hiszen nem tulajdonos és csak a tulajdonból engedhető szolgalom, de igenis constituálhat publicianus szolgalmat. Ugyanilyen szolgalma van a telki szolgalmak esetén annak, a ki a praedium dominansnak csak jóhiszemű birtokosa. (Dernburg szerint az ilyen magát az actio confessoriat indíthatja meg.)

Még kisebb fokát a jogvédelemnek, csak interimisticus, nem petitorius, hanem csak possessorius védelmet ad a szolgalmi birtok, a servitutis quasi possessio (l. 224. o.). Szolgalmi birtokos az, a ki tényleg gyakorolja azt, a mit voltaképen a szolgalmasnak szabad, pl. átjár a szomszéd telkén. Keletkezik a szolgalmi birtok azon állapotnak (corpus, animus) helyreállításával, a melyben a szolgalmas szokott lenni, megszűnik ezen állapot megszűntével. A szolgalmi birtok védelmére az interdicta retinendae és recuperandae possessionis szolgálnak, de csak utiliter, továbbá az actio spoli, a possessorium ordinarium és különös interdictumok. Így az úti szolgalmat birtoklónak, ha az utolsó évben legalább harminczszor gyakorolta a szolgalmat nec vi, nec clam, nec precario, a további gyakorlást megakadályozóval szemben interdictum de itinere actuque privatoja van. Persze a telek tulajdonosa a petitoriumban az actio negatoriával győzni fog, ha az átjáró csak birtokolta a szolgalmat, a nélkül, hogy szolgalmas is lett volna. Már a megrongált útnak kijavítását csak a szolgalmas kérhette; a szolgalmi birtokos nem. Erre a célra az interdictum de itinere reficiendo szolgált. Annak, a ki a vízvezetéki jogot birtokolja, vagyis az utolsó évben nec vi, nec clam, nec precario és még hozzá bona fide csak egyszer is gyakorolja, a birtokháborítóval szemben interdictum de aqua quotidiana-ja van; ha pedig a vízvezetéki jog csak nyáron (vagy télen) gyakorolható, akkor a birtoklásnak is ekkor kell történnie és akkor a megakadályozóval szemben az i. de aqua aestiva illeti meg a jóhiszemű szolgalmi birtokost. A ki pedig a vízvezeték kijavításában vagy tisztításában akadályozta a jóhiszemű birtokost, az ellen ez interdictum de rivis-sel élhetett. Szó van még a forrásokban interdictum de fonte és de fonte reficiendo-ról.

VI. FEJEZET: EMPHYTEUSIS ÉS SUPERFICIES.

97. §. Az emphyteusis és superficies.

Az emphyteusis és superficies szintén idegen dolog felhasználására adnak jogosultságot, ius utendi fruendi in re aliena. Ezek is szolgalmak annyiban, hogy ezeknél szintén jogom van ad usum vagy ad utendum fruendum in rem alienam, de különböznek a szolgalmaktól annyiban, hogy bár teljes kihasználást engednek az idegen dolgon, mégis örökletesek, elidegeníthetők és átörökíthetők.

Tehát elidegeníthető és átörökökithető személyes szolgalmak. Annyiban telki szolgalmak, hogy örökletesek, de már a tekintetben, hogy teljes kihasználást engednek, személyes szolgalmak. Még abban a tekintetben is azok, hogy bár telken állnak fenn (az *emphyteusis* mezei telken, a *superficies* városin), még sincsenek valamely más *vicinus fundus* tulajdonához kötve, hanem közvetlenül személyt illetnek.

Az *emphyteusis* (örökhaszonbérlet) abban áll, hogy egy idegen telket használhatok és kihasználhatok, azzal úgy bánok vele, a mint nekem tetszik, még intensivebb módon, mint az usufructuarius. Csak a salva rerum substantia kívántatik meg itt is, nem szabad rosszabbítanom a dolog állapotát, és ez talán az egyedüli, a miben az *emphyteuta* a tulajdonostól különbözik. Az usufructuarius annak az ingatlannak a gyümölcsseit használhatja, de csak abban az állapotban, a melyben ő a telket a tulajdonostól átvette. Ő pl. nincs jogosítva a kertből szántóföldet csinálni, neki abban a fajtában kell a gazdasági obiectumot megtartani. Nem így az *emphyteuta*. Ennek csak silányítania nem szabad a telket, de hogy milyen gazdasági minőségben akarja kihasználni, az tőle függ. És ezt a lehető intensív kihasználást nem ad tempus, hanem örökre kapja, azaz átörökökítheti, elidegenítheti, még pedig nemcsak úgy, mint az usufructuarius, ki csak a gyakorlást idegenítheti el. Az *emphyteuta* magát a jogot idegenítheti el, szolgalmat, zálogjogot constituálhat a dologra. Az *emphyteuta* a gyümölcsöt már a separatióval megszerzi. Az *emphyteutának* tehát majdnem olyan joga van, mint a tulajdonosnak, úgy hogy ha az én tulajdonomon *emphyteuta* van, nekem, a tulajdonosnak csak az évenkénti *pensio*, *canon* vagy *vectigal*, csak az évi bér marad, melyet az *emphyteuta* a tulajdonjogom elismeréseül fizet. Ennyiben az *emphyteusis* a haszonbérszerződéshez, a *locatio conductio rei*hez hasonlít. De megint különbözik attól abban, hogy míg az kötelmi, relativ jog, addig az *emphyteusis* absolut, dologi jog. Az usufructustól az *emphyteusis* még abban is különbözik, hogy míg annak csak birlalata, addig az *emphyteutának* birtoka van. A római jog az *emphyteutát* mindenkivel szemben úgy védi, mint a tulajdonost: *rei vindicatio*val és *negatoria actio*val, persze utiliter. (Ez a szó, hogy *utilis actio* annyit tesz, hogy az *actio modernizálva van: régi actio modern célra.*)

A milyen joga az *emphyteutának* a mezei telekre van, oly joga van a *superficiariusnak* a városi ingatlanon épült házra, építményre. De még az *emphyteutának* joga elidegenítéséhez a tulajdonos beleegyezését kell megszereznie (a mit ez azonban jogos indok nélkül tőle meg nem tagadhat) és a tulajdonosnak elővételi joga van, addig a *superficiarius* az elidegenítésben nincs korlátozva, sőt ő az építmény állaga felett is rendelkezik.

Az *emphyteusis* és *superficies* alakulatát felhasználták a hűbéri tulajdon megmagyarázására. A római jog, mint láttuk, ismert

rei vindicatiót és rei vindicatio utilist. Ebből levezettek egy dominium directumot és utilet (l. 230. o.). Az első a hűbérúré, a másik a hűbéresé. Ez az alakulat fentartotta magát a legújabb időkig. Ma is van az osztr. polg. tk.-ben Nutzeigenthum és Grundeigenthum. Ez az egész leszármaztatás azonban téves. A rei vindicatio utilis nem egy külön fajta tulajdonjog védelmére szolgált, hanem modernizált tulajdoni kereset egy nem tulajdonosnak, az emphyteutának és a superficiariusnak a védelmére.

Az emphyteusis és superficies már a végső határokig megy, elannyira, hogy a tulajdon tartalmát teljesen kimeríti. A tulajdonosnak a pusztá évi vectigal marad, de ezt is elengedheti. Miben különbözik tehát a tulajdonos az emphyteuta- és superficiariustól? Absolute védve van mindegyik mindenki ellen, de míg az emphyteuta és a superficiarius csak azt követelheti, hogy senki se bántsa őket a dolog kihasználásában, birtokában, de hasznos beruházásokat harmadik személy részéről nem tilthat meg, addig a tulajdonos ezt is megtilthatja, mert minden jogosulatlan behatást megtilthat akár hasznára van a dolognak, akár nem.

A telektulajdonosának különben joga van az emphyteutát elmozdítani (ius privationis), ha a telket kellően nem gondozza (a mit az emphyteutának a saját költségén kell megtennie), illetve rosszabbítja, deteriorálja, ha 3, egyházi emphyteusisnél 2, évig nem fizetett évi bért, ha 3 éven keresztül nem teljesítette a közszolgálatokat (az emphyteutának kell ugyanis a telekre eső adót stb. fizetnie), és ha nem kért beleegyezést joga elidegenítéséhez. Joga van továbbá a tulajdonosnak ú. n. landemiumot (középkori elnevezés) követelni, azaz az emphyteusis elidegenítésekor értékének 2%-át és két hónapon belül elővételi joga van (ius protimiseos), továbbá a telken talált kincsek is a tulajdonost illetik, persze a ius inventoris sérelme nélkül. A telektulajdonos privationalis jogával szemben az emphyteuta a kánonjog szerint (római jog szerint nem) a privatiót akkép kerülheti el, ha a privationalis szándékról való értesültekor a hátralékos szolgálatokat teljesíti. Rossz termés, illetve a teleknek partialis megsemmisülése miatt Baron, Windscheid, Dernburg, Vangerow szerint bérleszállítást, remissio pensionist nem kérhet.

Az emphyteus keletkeztető tényei: 1. A tulajdonossal kötött szerződés, ú. n. contractus emphyteuticarius, a melyhez az uralkodó nézet szerint az emphyteuticarius telek átadásának nem kellett hozzájárulnia (Dernburg szerint igen). A contractusnak írásban kötöttnak kellett lennie, ha a törvény intézkedésével ellenkező kikötést tartalmazott. 2. Legatum. 3. Bírói ítélet. 4. Tíz, illetve húsz évi bonae fidei possessio (Arndts szerint 30—40 évi elbirtoklás kellett). Alányilag változtató tényei: szerződés, hagyomány, bírói ítélet. Megszüntetik az emphyteusist: 1. A telek megsemmisülése, res extra commerciummá válása. 2. A kikötött tempus letelte, a condicio resolutive beállta. 3. Az emphyteutának örökös nélküli halála.

4. Az emphyteuta elmozdítása a tulajdonos által a fent elsorolt esetekben. 5. Usucapio libertatis. 6. Confusio és 7. az emphyteuta lemondása a jogról. Vitás, vajjon pusztá egyoldalú derelictio megszünteti-e az emphyteusist, vagy beleegyezésre szorul-e a tulajdonos részéről.

Az emphyteusis története azt mutatja, hogy két intézmény fejlődik paralelle, a melyeket azután Justinianus egyesít. Jelesül két hasonló intézmény volt a keleten és nyugaton más-más gyökérből fejlődve. A nyugaton ez az intézmény az ager vectigalis intézménye volt: Köztulajdonban álló ingatlanoknak évi vectigalért való örökletes átengedése. Az ilyen bérlő eleinte csak praetori védelemben részesült az interdictum de loco publico fruendo-ban, később ugyancsak a praetortól actio in rem vectigalis nyert. Ezzel a nyugatrómai intézménnyel párhuzamosan a keleten az agri emphyteuticarii intézménye fejlődött körülbelül hasonló jogállással (a bérnek neve ott canon, pensio volt). Justinianus a két intézményt egyesítette a fent leírt emphyteusisben.

A mint az emphyteusis örökletes ususfructus mezei telken, úgy a superficies (örökbérlet) örökletes usus aedium. Tartalma az, hogy jogom van egy idegen telken, még pedig városi telken házat építeni. Mihelyt én ott építek, a ház a telek tulajdonosáé, azon nem lehet változtatni, de annyit meghagy a jog nekem, hogy ezt a házat addig, míg azon a telken ott van, birtokoljam (ez vitás), használhassam, sőt el is adhassam, elzálogosítsam és szolgalmát is constitualhassak rá. Én tehát a házat állandóan, örökletesen használhassam. Ha pl. eladom a házat, in praxi az emberek azt mondják, hogy én az én házamat adom el. De ez nem igaz. A ház nem az enyém, nekem csak jogom van azt tenni, a mit a telektulajdonos tehetne, ha ő építette volna, de azért én nem vagyok tulajdonos, hanem ő. Hogy nem vagyok tulajdonos, abból tűnik ki, hogy, ha a ház elég, vagy én lebontom (ehhez jogom van), akkor nekem semmi jogom sincs már, a telek megint az övé teljes használati joggal, és csak míg a ház áll, korlátolódik az ő tulajdonjoga. A német plg. tk. külön tulajdont ismer el a házra, külön a telekre, de a telekkönyvben az egész a telektulajdonos nevén áll. A római jogi constructio sokkal következetesebb. A házass telken lévő superficies mintájára construálta meg a praxis azt a viszonyt is, ha fát, erdőt, más növényeket ültetnek idegen telken. A superficiariusnak ugyanaz a joga, mint az emphyteutáé, csak hogy ő az épület állaga fölött is rendelkezik, évi bérének neve: solarium. A tulajdonosnak vele szemben sem laudemium, sem az eladáshoz beleegyezése kérésének követelésére sincs joga. A superficiariust mint birtokost (Baron, Windscheid szerint nem az) a birtokinterdictumok illetik, továbbá az interdictum de superficiebus és a tulajdoni keresetek mint utiles.

A superficies keletkeztető tényei: 1. Szerződés által, a melyhez

a telek átadása is szükséges (Dernburg); 2. végintézkedés; 3. bírói ítélet; 4. elbirtoklás által (Baron szerint ez nem keletkeztető ténye). Alányilag *változtató* tényei: tradícióval összekötött szerződés, legatum, bírói intézkedés. *Megszünteti* az usucapio libertatis, róla való lemondás szerződés formájában, időmúlás, a teleknek vagy a háznak megsemmisülése, ha ennek esetleges újjáépítése külön kikötve nincs, és priyatio, ha a superficiarius 2 évi telekbérrel adós.

VII. FEJEZET: ZÁLOGJOG.

98. §. A zálogjog fogalma és története.

A zálogjogot *obligatio reinek* nevezik. Ez is mutatja, hogy a kötelmi joggal hozzák vonatkozásba. Tényleg más a célja, mint a többi dologi jognak. A többi dologi jog célja bizonyos használat biztosítása, ellenben a zálogjognak célja nem a használat, sőt a későbbi törvényhozás ezt egyenesen kizárja. A zálogjog közel fekszik már a kötelmi jogokhoz. Ha valakinek pl. kölcsönt adok, míg követelésem le nem jár, semmit sem követelhetek. Csak a lejáratkor mutatja a követelés a maga hatását, a mennyiben én akkor követelhetek és ő akkor köteles fizetni. Ha akkor az adós fizet, akkor a kötelmi jog egy pillanatig mutatta hatalmát és már meg is szűnt. A kötelmi jog ugyanis nem házi tűz, a mely állandóan melegít tartós időn keresztül, mint a dologi jog, a kötelmi jog bomba, a mely explodál. Ebben hasonlít a zálogjog a kötelmi jogokhoz. A zálogjog ugyanis abban áll, hogy a dolog, a zálogtárgy, nálam van valamely követelés biztosítására egészen a követelés lejártáig, addig azt használnom nem szabad, csak alkalmatlankodik. Használni csak egyszer használhatom. Ha ugyanis az adós a lejárat napján követelésemet nem teljesíti, akkor a dolgot eladhatom, a tartozásnak megfelelő összeget megtarthatom, a többit az adósnek visszaadom. Azután megint semmi nyoma a zálogjognak. Tehát ép úgy mint a kötelmi jogok, a zálogjog sem biztosít állandó, tartós használatot. Vagy az adósom fizet, vagy kifizettetem magam a zálog által. Ennyiben lehet azt mondani, hogy valamit a kötelmi jog esetén, az adós, a persona van nekem obligálva, úgy az esetben, ha az adós nem fizet, a *res est obligata*, a dolog van lekötve, abból elégíthetem ki magamat. Nagy azonban a különbség a zálogjog és a kötelmi jogok közt. Az igazi obligatio rei esetén nem a dolog van nekem lekötve, hanem annak a tulajdonosa, míg itt a zálogjognál valójában a dolog van lekötve (tehát dologbeli jog), ennyiben tehát a zálogjog már nem obligatio rei. Másfelől a zálogjognál nem egy személy az, a ki tűrni tartozik, hogy én kielégítsem magamat abból a dologból, nem egy személy a kötelezett alany, hanem köteles ezt tűrni mindenki.

kötelezett alany mindenki, tehát a zálogjog abszolút jog. A zálogjog keletkezésétől mindaddig, míg a zálogtárgy eladási árából befolyt pénzt a zsebembe teszem, fennáll az a tilalom, hogy engem ebben senki sem gátoljon, mert a ki gátol, sérti ezt a tilalmat, az én zálogjogomat. Itt tehát obligálva nem a res est, hanem mindenki.

A római zálogjog nem kielégítő intézmény. A modern zálogjog sokkal finomabban van kidolgozva. A rómaiaké még egy kicsit primitív, a vagyonjog leggyengébb része. Két vonás az, a mely a római zálogjogot tarthatatlanná teszi mai legislatív szempontból. A római zálogjog nem felel meg a publicitas és a specialitas követelményének. Ma megköveteljük azt, hogy ha valaki a maga dolgát elzálogosítja, tehát ez által a maga tulajdonjogát megterheli, ez szembeötlő legyen. Ezt a forgalom biztonságának érdekében követeljük meg. Ma megköveteljük, hogy mindenki, a ki üzletet, ügyletet akar kötni, tudja, ki az, a kivel és mi az, a mire nézve azt az ügyletet kötni akarja. Ez alapja minden egészséges hitelnek és minden forgalomnak. Ezért mi ma, ha foglalunk, zálogolunk, közpecsétet alkalmazunk. Ez a publicitas. Ennek a legnagyobb mértékben megfelel ma az ingatlan zálog, a melyeknél hiteles könyveket, telekkönyveket vezetnek. A másik követelmény a specialitas. Nem engedjük meg ma azt, hogy valakinek a vagyona erősebben legyen megzálogolva, megbélyegezve, mintsem szükséges. Ha valaki 40 frttal tartozik, nem engedjük meg azt, hogy ezen kicsi adósság fejében aránytalan nagy vagyon legyen lekötve. Mert akkor, a ki a megzálogolttól egy specialis tárgyat akarna megvenni, nem tudná, vajjon a hitelező nem éppen ebből a tárgyból akarja-e a maga 40 frtos követelését kielégíteni. Ezért megköveteljük máma, hogy minden adósságnak egy specialis zálog szolgáljon, nem pedig az egész vagyon, mint generalis zálog. Innen van, hogy ma a telekkönyvben minden egyes jószágtestnek külön jegyzőkönyve van. De nem felel meg ennek ma sem az egyetemleges zálogjog intézménye.

E két követelménynyel ellentétben a római jog először is ismeri a titkos zálogot, a mi ellentéte a publicitasnak: valakinek zálogjoga van a nélkül, hogy ez külsőleg mutatkoznék. Ez a hypotheca. A másik hiánya a római jognak, hogy ismeri a generalis zálogjogot. Plane az is lehetséges volt, hogy a kettő egyesült úgy, hogy valakinek titkos generalis zálogjoga volt, a mi a római zálogjognak legnagyobb rákfenéje.

Három formában fejlődött ki a római zálogjog. Az első lucus a non lucendo: a fiducia. Ez voltaképen nem is zálogjog, csak pótolja azt a régi római jogban, úgy a mint még sok más intézményt is pótolta. Sőt újabban a fiduciarius ügyletek ismét felütik fejüket. A régi ius civilenek a mancipation és in iure cession kívül, eltekintve a kötelmi nexumtól, nem volt forgalmi ügylete. De mindazokat a czélokat, a miket később keletkezett ügyletekkel elérni

akartak, elérték a régiek is a *pactum fiduciae cum amico contractum*-mal. Pl. a depositum csak később keletkezett, a régi jogban nem volt ismeretes. De azért a depositum célját mégis el kellett érni, a mi úgy történt, hogy A. a maga dolgát mancipálta, in iure cedálta B.-nek. Ez által ugyan B. tulajdonjogot nyert, de a felek a mancipatio kötésekor pactum fiduciaeben megállapodtak abban, hogy ha A. a dolgot vissza fogja követelni B.-től, akkor B. vissza fogja mancipálni, in iure recedálni fogja. Mellékmegállapodás történt tehát a tisztességre (fiducia) való hivatkozással. Ez a mellékmegállapodás nem volt ugyan jogügylet, de épen, mert nem volt jogügylet, úgy voltak vele mint ma a kártyaadóssággal. Épen mert a jog nem védi az ilyen becsületbeli megállapodást, a társadalom kétszeresen védi. A ki azt a pactum fiduciae-t megszegte, az infámiával sújtatott. Később a jog is védelmébe vette ezt a pactumot és infamáló hatású: *actio fiduciae directae* adott a megállapodás megszegője ellen. (Az *actio fiduciae contraria*-t a dolog átvéve indíthatta a letétbe átadó ellen kiadásai erejéig.) Ez a pactum fiduciae pótolta a commodatumot is és pótolta sok más között a zálogjogot is. De ez azért nem volt zálogjog és azért helytelen a zálogjog egyik alakulataként tárgyalni. A zálog pótlására szolgáló fiducia neve *fiducia cum creditore contracta* volt. Ez is lényegileg nem egyéb mint mancipatio, in iure cessio, melylyel az adós átruházza a creditorra a dolog tulajdonát és sub fide megállapodnak, hogy, ha az adós fizet, a hitelező remancipálja vagy in iure cessioval visszaadja a dolgot. Ez által a hitelező egyrészt többet nyert, mint a mi neki járt, másfelől kevesebbet. Ő csak biztosítékot akart kapni, kapott pedig tulajdonjogot — ennyiben többet nyert. Másrészt kevesebbet kapott: ő neki nem a dolog, hanem pénz kellett. Itt pedig a kezében egy dolog volt, a mely tulajdonát képezte ugyan és a melyet nem is kellett visszaruháznia, míg az adós nem fizetett, de el nem adhatta, mert hátha az adós később fizet. Ezért a pactum fiduciae-n kívül egy másik pactumot is szoktak kötni: *pactum de vendendo*-t. Ez úgy szólt: ha az adós fizet, én hitelező a dolgot a kellő formákban visszaadom, ha pedig bizonyos idő alatt nem fizet, akkor én jogosítva vagyok a dolgot eladni, a vételárból magamat kielégíteni és köteles vagyok a maradékot a *hyperochat* visszaadni. Sőt még egy harmadik pactum is divott. Esetleg abban is megállapodtak: ha te adós nem fizetsz, akkor én hitelező megtarthatom a dolgot. Tehát *res committitur*, a dolog a hitelező javára esik. Ez a pactum commissorium vagy *lex commissoria*, a mely azonban később érvénytelen volt. (A rómaiaknál a megállapodásra, szerződésre több kifejezés volt: pactum, contractus, constitutum, receptum, sőt, mint e helyütt is, lex. Különben lex törvény értelmében sem egyéb, mint szerződés, megállapodás az ajánlattevő magistratus és az ajánlatelfogadó népgyűlés között, tehát közjogi contractus.) Ez a három pactum volt az a

forma, melylyel a régi jog a hitelező biztosítási szükségletét kielégítette. De ez nem volt külön jog. A hitelező kapott tulajdonjogot, a mely az által enyhítettett, hogy ő ismét különféle obligatiót vállalt az adóssal szemben.

Mint már említettük, a fiduciának ma is vannak még esetei. Pl. a váltót elzálogosítani nem is lehet. A váltót csak forgatni lehet, azaz át lehet ruházni a tulajdonát. Külön biztosítás céljára szolgáló átruházás nincs, a zálogátruházásra forma nincs, csak a tulajdonátruházásra. Teljes pendentje a régi fiduciának. Ugyanez fordul elő a közönséges contocurrens követeléseknél. Ezeket úgy is zálogosít hatják el, hogy a contóra (a folyó számlára) s a könyvekre ráírják, hogy a követelés zálogba adatott. De a kereskedők inkább engedményezik, mintegy tulajdonilag átengedik a követelést azzal, hogy a biztosított adósság megfizetése esetén visszacedáltatik rájuk. Ez az engedményezés azért előnyösebb, mert a csak zálogba adott contocurrenskövetelést más hitelezők is felülfoglalhatják. Ez a fiducia tehát nemcsak a primitiv jognak ügyetlenségére vezetendő vissza. Ennek még a teljesen előrehaladt korban is vannak practikus előnyei, a melyeket a puszta zálogjog nem nyújt.

A praetori jogban nyert kifejlődést a voltaképeni zálogjog, a melynek két formáját ismeri a későbbi római jog: az egyik a *pignus traditum*, vagy röviden *pignus*, a másik a *pignus conventum*, vagy görög szóval, mert onnan vette magát: *hypotheka*. A célja mindkettőnek ugyanaz: a hitelezőnek egy dolog követelése biztosítására szolgáljon. A *pignus traditum* feltételezi, hogy a zálogtárgy a hitelezőnek át is adassék. Ebben még nem különbözik a fiduciától. Azonban a fiduciánál a dolog *animo transferendi dominii* adatik át, a *pignus*nál csak *pignoris transferendi*. Az adós tehát nem a tulajdonba adja át, hanem csak azért, hogy B. ténylegesen bírja a dolgot mindaddig, míg ő a tartozását ki nem elégítette. A záloghitelező birtokot nyer, sőt nemcsak tényleges birtokot, hanem jogilag védett birtokot, possessiót, birtokjogot nyer. Mint a birtok tanában láttuk, ő csak *ad interdicta possessor*, de nem *ad usucapionem*, de mégis *possessor*, mert ha ő csak *detentor* volna, teljesen védtelen maradna, ha a dolog a kezéből kikerülne. Sőt ha csak birtokjogot nyerne (ez a *pignus* régibb fogalma), sem volna eléggé védve, mert a zálogbaadó tulajdonjoga alapján bármikor visszakövetelhetné a dolgot. Ezért ő a birtokjogon kívül zálogjogot is nyer, a mely őt megvédi az ellen, hogy a dolgot bárki tőle a tartozás lefizetéseig elperelje és módot ad neki arra, hogy, ha a dolog tőle elkerül, azt ismét visszaszerezze. Tehát nemcsak interimistikus védelemben részesül, hanem állandóban, ő jogát nemcsak a *possessoriumban*, hanem a *petitoriumban* is érvényesítheti. A fiducia esetén a hitelező a dolog tulajdonát nyerte, a *pignusban* (annak régebbi értelmét véve) csak birtokjogot, a későbbi *pignusban* birtokjogot és zálogjogot. A *pactum de vendendo* kötése ekkor már fölösleges, mert az

eladási jog a záloghitelezőt *ex lege* megillette és ezt *pactum de non vendendó*val sem lehetett kizárni. A *pactum de non vendendó*nak csak az a hatása volt, hogy a záloghitelező az eladás előtt az adóst háromszor köteles volt meginteni.

A zálogjognak másik formája a *pignus conventum* vagy *hypotheka*. Ez az a forma, a mely ellen a római jogban a *publicitas* és *specialitas* hiányának kifogásai irányulnak. A *fiducia* és a *pignus* esetén a *publicitas* követelményének elég van téve, mert hiszen az elzálogosított dolog az adósnál nem is található, a hitelezőnél van, tehát mindenki tudhatja, hogy le van kötve, és hogy csak ez van lekötve. A *hypotheka* azonban abban áll, hogy a zálog tárgya nem adatik át, csak szóbeszéd az egész. Én önnek zálogi biztosítékot adok erre az órára, — mondom és visszateszem az órát a zsebembe. A zálogjog ekkor voltaképen annyit ér, mint a mennyi az adós becsületessége. Ez az ingatlanoknál alkalmaztatott gyakrabban, mert azzal az adós tovább nem állhat. Innen van, hogy ma *hypotheka*, jelzálog, alatt az ingatlanon való zálogjogot értjük. Maga a fogalom azonban nem tételezi fel a zálogtárgy ingatlan voltát. A rómaiaknál komoly legislatív okok voltak arra, hogy az ingókra is elismerték. *Pignus*kép az ember csak azt adhatja oda, a mire szüksége nincs. Ha tehát *hypotheka* nem volna, azaz, ha a zálogot adó adós a zálogtárgy birtokát meg nem tarthatná, akkor épen a szegények nem élvezhetnének hitelt, mert tartozásaik biztosítására zálogot nem adhatnának. Elvben a *pignus* a módosabb ember zálogjoga, a *hypotheka* a szegény emberé. (Ma ép fordítva van.) A szegény embernek szüksége van olcsó kölcsönre, a kölcsön pedig annál olcsóbb mennél biztosabb, legbiztosabb pedig, ha zálogilag van biztosítva. Ha most a szegény embernek a maga mindennap szükséges dolgát, más dolga pedig általában nincs is, át kellene adnia a hitelezőnek, azaz, ha csak a *pignus* formájában volna lehető a zálogjog, akkor ő meg volna fosztva a hitel előnyeitől. Ha ma a végrehajtási törvény azt mondja, hogy én a munkás szerszámát, a legszükségesebb butort nem zálogolhatom meg, az ki van véve a zálogolás (foglalás) alól, akkor ez helyes intézkedés, mert ez az adós akarata ellenére történő zálogolásra vonatkozik. De ha ezt helyeseljük is, az nem jelentheti azt, mert akkor helytelen is volna, hogy a szegény ember maga ne adhassa zálogba szükséges ingóját, persze csak jelzálogilag. Mert nagy különbség van a szerződéses és a végrehajtási zálog közt. Szerződéses zálogra akkor van szükség, mikor a zálogot adónak a pénz kell, bírói zálogra akkor, mikor a pénz már ki van adva. Az előbbi eszköz, az utóbbi büntetés. Mindezek oly okok, a melyek kérdésessé teszik, nem volna-e mégis jó a *hypothekát* az ingókra is fentartani.

A római jog a *pignus conventumot* elismerte, még pedig történeti kifejlődésében lépésenkint. Kezdeté ott van, a hol rá a legnagyobb szükség mutatkozott: a haszonbérletnél, a *locatio conductio*

rei-nél, még pedig praedium rusticum bérleténél. A bérbeadó bérkövetelésének biztosítására a római jog elismerte a hypothekát a bérlő fundus instructusára, elismerte pedig azért, mert hiszen a fundus instructusra a bérlőnek szüksége volt, nem adhatta át pignus gyanánt. A bérbeadónak nem voltak birtokában, sem tulajdonában az invecta és illata (fundus instructus), se birtok-, se tulajdonvédelemben nem részesült tehát. Ezért egy külön védelmet kellett számára találni. Így nyerte ő az interdictum Salvianumot, a mi egy adipiscendae possessionis interdictum. Ezzel ő a bérlőtől kikövetelhetette a fundus instructus birtokát, ha ez a bért le nem fizette. Később már petitorius védelmet, actiót nyert Servius praetortól, innen ez actio neve: actio Serviana. Ez arra az esetre szól, ha a haszonbérbe vevő, a bérlő, vagy akarki más a fundus instructust a telekről elvinné. Ekkor a bérbeadó megindíthatja ezt a keresetet bárki ellen (in rem actio) és követelheti minden harmadiktól, a kinél ez a fundus instructus van, hogy az visszahozassék a telekre. Csak az actio Serviana óta lehet arról beszélni, hogy a zálogjog külön dologi, absolut jog, mert fiducia esetén csak tulajdonjog, a régi pignus esetén csak birtokjog keletkezett. Ezt az actio Servianát kiterjesztették minden más pignus conventumra és ez az actio Serviana utilis, vagy más szóval: actio hypothecaria. Ezt a pignus conventumot védő actiót kiterjesztették azután a pignus traditumra is, ezért máskép actio pigneratitia in rem-nek is nevezik, sőt felcserélve is használtatik.

A római jognak különös zálogjogi alakulata az ú. n. praediatúra. Ez zálogadás az állam vagy a város követeléseinek biztosítására magánosok részéről. Az állam nemcsak az adóstól, kinek neve manceps volt, hanem kezestől, praedes, is követelt zálogot. Ha az adós kötelezettségének eleget nem tett, a zálogtárgy elárvereztetett és a legtöbbet ígérőnek adatott. Az ezzel kapcsolatos usureceptio ex praediaturáról lásd a tulajdonjog fejezetében az elbirtoklás tanát (l. 251. o.).

99. §. A zálogjog fogalma (folytatás).

A zálogjog tehát részjog egy idegen dolgon, melynek az a tartalma, hogy én mindenkitől kívánhatom, hogy engem a dolog birtokában ne zavarjon (persze csak kézi zálog, pignus esetén), és ha az adós nem fizet, a dolgot eladhatom. A fő tehát, a mi minden zálognál meg van, a ius venditionis. A zálogjog dologi jog, de különbözik a többi iura in re alienatól a következőkben: 1. A zálogjog accessorius jog, azaz valamely követelés biztosítására szolgáló, azzal szorosan összekötött jog. (A kivételeket alább a zálogjogot változtató tények közt adjuk.) 2. A tulajdonjogot csak gyakorlásakor támadja meg, nem úgy mint a többi idegen dologbeli jog, a mely a tulajdonnak állandó megterheltetésével jár. A zálogjog csak egyszer támadja a tulajdonjogot, de akkor meg is szünteti, t. i. a ius venditionis gyakorlásakor. 3. A zálogjog csak egyszer gyako-

rolható, a miben, mint láttuk, a kötelmi joghoz hasonlatos. A zálogjog tehát valamely követelés biztosítására szolgál. Ebben meg-
egyezik a kezességgel. De míg a kezességnél a biztosítékot a kezes
személye nyújtja, tehát csak kötelmi jogot ad, addig a zálogjognál
a biztosíték maga a dolog és csak a dolog.

A római jog a zálogjognak két fajtát ismeri: a kézi zálogot
és a jelzálogot, *pignus* és *hypothecam*. Előbbinél a dolog mindjárt át
is adatik, utóbbinál nem. Lényegileg a kettő egyforma, mert mind-
kettő megadja az eladási jogot a tartozás nem teljesítése esetén,
mindkettő védelmére ugyanaz a dologi kereset szolgál. Mindkettő
dologi jog, a mi abban mutatkozik, hogy a zálogtárgy a záloghite-
lezőnek kötve marad tekintet nélkül a dolog tulajdonjogában történt
bármilyen változásra, sőt még akkor is, ha az új tulajdonos originaer
módon szerezte tulajdonát. Mutatkozik továbbá abban is, hogy a
régebbi zálogjog megelőzi az utóbbi keletkezését, ez a kötelmi jogok-
nál nincs így, sőt megelőz minden utóbb keletkezett más dologi
jogot is pl. a szolgalmat. A zálogjog dologi jog voltára mutat végül,
hogy védelmére *actio in rem* szolgál.

A rómaiak zálogjoga formátlan volt, keletkezése semmi for-
mához nem volt kötve. Ennek tudható be a *generalis hypotheca* kelet-
kezése, a melynél az adós egész jelenlegi és jövőendő vagyonát
lekötötte egy *generalis clausulában*. Ezzel egyes hitelezők a többiek
hátrányára előnyös helyzetbe jutottak. Ennek ellenszeréül szolgáltak
azután a törvényes (*legalis*) *specialis* és *generalis* zálogjogok, a me-
lyek egyes előny részesítendő követelések biztosítására szolgáltak.
Ez a *generalis hypotheca* okozta Rómában a hitel és a dolgok
forgalmának egészségtelen alakulását, a min az sem segített, hogy
a *stellionatus*, záloggal megterhelt dolognak eladását a vevő meg-
csalásására közbüntetéssel sújtották. A csalásnak egy másik módja
volt, hogy a zálogszerződések okiratait hamis kelettel látják el, és
így rangelsőbbiséget adtak későbbi zálogjogoknak már fennálló régeb-
biekkel szemben. Ezért Leo császár elrendelte (l. 11. C. 8. 17.),
hogy a hatóság (*publice*) vagy 3 tanú előtt (*quasi publice*) kiállított
okirattal kötött zálogjog minden magánokiratos zálogjogot megelőz-
zön, ha később kötött is.

A zálogjog tárgya (élvezeti *objectuma*) mindaz lehet, a mi
eladható. *Quod emptionem venditionem recipit etiam pignorationem
recipere potest*. A szűkebb értelemben vett zálogjog tárgya csak res
in commercio lehet. (Az elzálogosítás történhetik a dolog ideális
részére is, úgyszintén elzálogosíthatók dologösszességek is. Helyette-
síthető dolgok is tárgyai lehetnek rendes, regularis zálogjognak,
gyakran azonban ezek úgy adatnak zálogba, hogy a záloghitelező a
zálogjog megszűntekor, ha t. i. az adós tartozását megfizeti, ne
ugyanazt, hanem csak ugyanannyi és ugyanolyan dolgot legyen
köteles visszaadni. Az így nyert zálogjog *pignus irregulare*, ilyen a
legtöbb *realis cautio*. Ezeknél a hitelező nemcsak birtokot, hanem

tulajdonjogot is nyer, a dolgot elhasználhatja, de ő viseli a veszélyt is.) Valamely dologon keletkezett zálogjog kiterjed a dolog egész jogi egységére, az ahhoz fűződő realjogosítványokra stb., sőt a dolog pertinentiái is zálogbaadottaknak vélelmeztetnek.

A zálogjog megalapításához a tárgyon kívül biztosítandó követelés is szükséges. Követelés nélkül nem lehet zálogjog (némi követelékkel), ezért accessorius jog. A biztosítandó követelés bármilyen lehet, még naturalis (azaz be nem perelhető) obligatio is. Feltételhez kötött követelés biztosítására adott zálogjog szintén feltételes. Leendő követelés biztosítására is rendelhető zálogjog, a mely persze feltételezett a követelés létrejöttétől, de keletkezésére nézve attól független, azaz a dolog zálogbaadásának pillanatában keletkezik, nem a követelés keletkezésekor, a mi az elsőbbség tekintetében nagyon fontos. A zálog a biztosítandó követelés minden jogszerű nagyobbodásáért és a záloghitelezőnek minden zálogjoga körében tett kiadásokért is kötve van. Megjegyzendő továbbá, hogy úgy az egész zálogtárgy a követelés minden részéért mint a zálogtárgy minden része az egész követelésért felel. Ezt fejezi ki az a paroemia: pignoris causa et indivisa. Ezért a zálogtárgy, ha záloghitelezőnek több örököse van, mindegyik örökösnek solidariter a maga részkövetelése erejéig kötve marad, ha pedig a zálogadás hagy hátra több örököst, a zálogadás visszatarthatja az egész zálogtárgyat mindaddig, míg minden örökös a maga résztartozását meg nem fizette. (A források itt indivisa causáról szólnak, nem individuáról, a mint hogy zálogjog pro parte incerta lehetséges is.)

A zálogtárgy tulajdonosának helyzete: A tulajdonos megtartja teljes rendelkezési jogát, ha a dolog nála maradt (hypotheka), tesszése szerint művelheti a dolgot, csak veszélyeztetnie nem szabad vele a hypothekaius követelését, mert különben ez idő előtt fölmondhatja a követelést, sőt a követelés lejártá előtt is megindíthatja az actio hypothekariát jogát védő intézkedések pl. sequestratio kikényszerítésére. A zálogtárgy tulajdonosa a zálogtárgyat el is adhatja, sőt ha pignusról van szó, akkor a záloghitelező a vevőnek felmutatni is köteles. A záloghitelező azonban kikötheti, hogy a zálogadás a dolgot el ne adhassa, a minek ellenére végbevitt eladások érvénytelenek voltak. A tulajdonos a zálogtárgyat dologi terhekkal, pl. szolgalmakkal, más zálogjogokkal megterhelheti, persze a zálogjogosult jogainak sérelme nélkül és csak ily feltétellel mondhat le a zálogtárgy tulajdonáról.

A zálogjogban foglalt jogosítványok: a) a záloghitelező birtokolhatja a zálogtárgyat (ius possidendi); b) esetleg használhatja és gyümölcsét élvezheti; c) visszatarthatja (ius retentionis); d) eladhatja (ius distrahendi venditionis); e) magának ítéltheti oda bizonyos esetekben (ius dominii impetrandi). Ezeket nézzük sorban:

1. Ius possidendi. A kézi zálognál a zálogjog keletkezésétől fogva, hypothekánál római jog szerint a követelés lejártától fogva,

ha t. i. akkor nem teljesítettett, illeti a záloghitelezőt (a zálogjog alanyát) a birtokjog, a mely persze elbirtokoláshoz nem vezet. A mai jelzálognál a záloghitelező birtokot nem igényelhet, legfeljebb sequestratiót.

2. *Használati és gyümölcsöztetési jog.* A záloghitelező a zálogtárgyat, még ha birtokában van is, nem használhatja. Ha mégis teszi, *furtum usust* követ el. Rendesen gyümölcsöző dolgot azonban nemcsak joga, de kötelessége is gyümölcsöztetni, a gyümölcsök tulajdonát Dernburg szerint csak a perceptióval szerzi meg. (Köhler szerint *bonae fidei possessornak* tekintendő, tehát már a *separatio*val szerzi meg. Windscheid és Göppert szerint egyáltalában nem szerez tulajdonjogot, hanem csak elfogyasztási jogot.) Az így nyert gyümölcsök első sorban a kamatoknak, a fennmaradó rész magának a tőkekövetelésnek törlesztésére fordítandó, a még ezután is fennmaradó rész a zálogtárgy tulajdonosának kiadandó. Ha a zálogtárgygyal biztosított követelés kamat nélküli kölcsön, akkor a zálogtárgy gyümölcsseit a hitelező a szokásos kamatláb erejéig magának tarthatja vissza kamat fejében. Ezt *tacita antichresis*-nek nevezik.

Antichresis vagy *pactum antichreticum* igazi értelemben az a megegyezés, szerződés, melynél fogva a hitelező a zálogtárgy gyümölcsseit kamat fejében megtarthatja. Antichresis képzelhető zálogjog nélkül is, de rendesen kapcsolatos a zálogjoggal. Számadásra a hitelező ily *pactum* esetén nincs kötelezve, mert a használat és gyümölcs az övéi, ha meg is haladják a rendes kamatokat, de ezzel szemben pótlást sem követelhet, ha meg nem ütik a kamatok rendes nagyságát. A *pactum antichreticum*, ha burkolt uzsora-ügylet, persze érvénytelen és büntetőjogilag is üldözhető.

3. *Ius retentionis.* Gordianus császár (1 un. C. VIII. 26) *doctus* eljárásnak tekintette, hogy a zálogbaadó a zálogtárgyat visszakövetelje, ha a záloghitelezőnek ellene még valami követelése van, bár az a követelés, a melynek biztosítására a zálogjog constituáltatott, már megszűnt. A záloghitelező tehát még a biztosított követelés megszűnte után is visszatarthatja más, a zálogadó ellen fennálló *chyrographarius* (puszta aláírásra adott, zálogilag nem biztosított) követeléseinek megszűnteig. Minthogy ez a visszatartási jog (ú. n. *pianus Gordianum, qualificált retentionalis jog*) singularitas, a rangsorban utóbb álló záloghitelezőkkel és a zálogbaadó csódtömegével szemben nem érvényesíthető.

Ettől a megtartási jogtól megkülönböztetendő a kereskedelmi törvényünk 309. és 310. §§-aiban szabályozott megtartási jog. Az nem a közönséges magánjogi megtartási jog (l. 143. o.), sőt a mennyiben a hitelező a megtartott dologból kielégítheti magát, inkább a kézi zálog fogalma alá esik. De különbözik ettől, hogy szerződésileg meg nem állapítható, hanem *ex lege* áll be, hogy nem dologi jog, csak az adóssal szemben érvényesíthető, hogy a birtokállapot alapja, azaz csak annak van kereskedelmi megtartási joga, a ki az

adós dolgát birtokolja, a megtartási jog a birtokból folyik, holott a kézi zálognál a birtok nem alap, hanem eszköz a célhoz, a követelés biztosításához.

4. *Ius distrahendi*. A teljesen kialakult *zálogjognak az eladási jog lényeges alkatrésze*. Ez különbözteti meg a zálogjogot a közönséges megtartási jogtól. A régi jogban mint láttuk csak esetleges alkatrész volt, külön pactum de vendendóban volt kikötendő. Későbbi classicus jogászok idején már fölösleges volt kikötni (naturalis alkatrészsé lett), még később az oly kikötés, hogy a zálogtárgy ne legyen eladható (pactum de non vendendo) már érvénytelen volt és csak azzal a hatással járt, hogy az eladás előtt az adóst háromszor meg kellett inteni. Ekkor a záloghitelező eladási jogát, a mi singularitás, kivétel a nemo plus iuris elve alól, magából a zálogjogból eredőnek magyarázták, holott előbb a zálogbaadó beleegyezése alapján történőnek nézték. Mig az eladási jog mindig erősödő jelentőséget nyert, addig az ú. n. lex commissoria az ellenkező fejlődést mutatja. Ez t. i. a megállapodás, hogy a biztosított követelés nem teljesítése esetén a záloghitelező a zálogtárgy tulajdonát nyerje követelése fejében. Ez eleinte érvényes volt. Constantinus azonban érvénytelennek nyilvánította (l. 3. C. VIII. 34), a mi máig is így van. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a záloghitelező a zálogtárgyat meg ne vehesse, névszerint a birói zálogot annak becsértéke szerint.

A záloghitelező az eladást, kivéve a pignus iudicati cantumnál (végrehajtási zálogjognál) és a fiscus zálogainál magánúton is végezheti, de nyilvános árverést is tarthat. Az eladási jognak előfeltételei: a) Anyagiak: a biztosított követelésnek vagy egyes részleteinek esedékessége és nem teljesítése egyrészt, másrészt az adós megintése, tehát morába esése. A követelés liquid volta, azaz pontos megállapítása, nem szükséges. b) Formai kellékek: az adós előleges, még pedig pactum de non vendendo esetén háromszoros értesítése és az értesítés után 2 évnek letelte. Az eladás idejét a záloghitelező állapítja meg, kedvező alkalom elmulasztásáért felelősségre nem vonható, de azért bona fide kell eljárnia, lehető kedvező árat kell elérnie. Ennek ellenére véghez vitt eladás érvényes ugyan, de a zálogbaadónak az eladó záloghitelezővel szemben személyes keresete van, az actio pigneratitia in personam directa, ha pedig a vevő az eladóval összejátszott, ellene actio doli-ja van. Ha a hitelező követelése biztosítására több zálogtárgyat, tehát több zálogjogot nyert, a mit *egyetemleges zálogjognak* nevezünk, akkor jogosítva van akár az összes zálogtárgyakat egyszerre, akár szabadon választandó egy vagy többet közülük bármily sorrendben eladni. Az eladásra kerülő zálogtárgyat a római jog szerint sem a záloghitelező, sem annak valami strohmannja meg nem veheti, vétele semmis, úgyszintén meg nem veheti az adós, mert saját dolgát senki sem veheti meg.

Az eladásnak hatása az, hogy az eladó a dolgot a vevőnek

köteles átadni, a mi által az tulajdont, még pedig derivatív tulajdont nyer, ezzel szemben a vételárat köteles megfizetni. Ez minden eladás hatása. Különbözik azonban a zálogeladás minden egyéb eladástól abban, hogy az eladó záloghitelező evictióért nem felel, ő csak azért szavatol, hogy a dolog neki első helyen volt elzálogosítva. Felel azonban minden elperlésért dolus esetén, azaz ha tudta, hogy az eladott dolog nem az elzálogosítóé, továbbá, ha az el nem perlésért garantiát vállalt, vagy ha az eladáskor záloghitelező voltát eltitkolta. Minden egyéb esetben, ha a vevőtől a megvett zálogtárgyat elperlik, az eladótól a vételár megtérítését nem követelheti, hanem csak a zálogbaadó ellen fordulhat condictio sine causa-val. (Így Dernberg, a kit különben a zálogjog tanában első sorban követek, Windscheid ellenben tagadja a condictio sine causa lehetőségét ily esetben. Ulpianus l. 38. D. 21. 2 szerint a vevőt az actio pigneraticia in personam illetné az eladó volt adósa ellen. Ez téves, mert a zálogtárgy eladásával ez az eladót nem illeti már meg, nem tekinthető tehát a vevőre átszálltnak. Hermogenianus l. 74. §. 1 D. 21. 2 a pignus ex causa iudicati vevőjének az elzálogosító adós ellen actio ex empto utilist akar adni.)

A zálog eladásának célja és következménye a biztosított követelés megszűnése. A mi a vételárból a követelés kielégítése után fenmarad, a hyperocha az elzálogosítónak kiadandó, még pedig kamatostul, ha az eladó záloghitelező saját céljaira fordította, vagy késedelembe esett. A mennyiben a zálogtárgy eladási ára a követelést nem fedezi, annak nem fedezett része tovább is fenmarad. A zálogtárgy el- és átadása által a rajta fennállott zálogjog (sőt a rangban hátrább álló zálogjogok is) megszűnik.

5. Ius dominii impetrandi. Ha a zálogtárgy eladása nem sikerül, és az adós újabb megintése eredménytelen marad, akkor a záloghitelező a zálogtárgy tulajdonának odaitélését kérheti a császártól, a mit ez a zálogtárgy megbecslése alapján meg is tesz. De ez az impetratio dominii nem végleges, mert még további két esztendeig a zálogadósnek kiváltási joga van. Ha az odaitélt zálogtárgy értéke meghaladja a követelést, a hyperochát a záloghitelezőnek ki kell adnia, ha pedig nem fedezi, a fenmaradó rész erejéig a követelés tovább is fennáll. A pignus in causa iudicati captumnál az impetratio dominii abban is nyilvánult, hogy a hitelező a bíróval a követelés helyett magát a dolgot annak valódi értéke szerint ítéltheti oda magának.

100. §. A zálogjog keletkeztető tényei.

A zálogjog keletkezéséhez három szükséges: követelés, zálogtárgy és keletkeztető tény. A keletkeztető tények ismét három csoportba oszthatók: jogügyletek (pignus voluntarium, a mely pignus testamentarium és conventionale lehet), bírói ítélet (pignus iudiciale)

és közvetlenül a törvény (*tacitum pignus legale* vagy *tacita hypotheca legalis*).

I. *Zálogszerződés (pignus conventionale)*. A zálogjog keletkezéséhez a formátlan szerződés elegendő. Ennek a szerződésnek a neve, ha hypotheka keletkeztetése a cél, *pactum hypothecae*, annak azonban, a mely kézi zálogot constituál, a források külön nevét nem említik. *Contractus pigneraticius*nak lehetne nevezni. Zálogszerződéssel zálogjogot csak a dolog tulajdonosa (a *condominus* része erejéig) constituálhat, az *emphyteuta*, *superficiarius*, az *usufructuarius* és a jóhiszemű birtokos csak azon személyek jogának sérelme nélkül, a mely személyek joga rájuk is kiterjed, mert *nemo plus iuris, de tantum iuris igenis transferre potest, quam ipse habet*. Zálogjogot nemcsak saját tartozásunkért, hanem idegenért is constituálhatunk, az utóbbi az *intercessio*nak egy esete lehet. Csak saját dolgunkat zálogosíthatjuk el, a római jog megkívánja: *in bonis esse tempore conventionis*, a nem tulajdonostól az igazi tulajdonos beleegyezése nélkül adott zálogjog érvénytelen. De ez is *convalescálódhatik*, ha az elzálogosító nem tulajdonos később a dolog tulajdonosává, vagy a dolog tulajdonosa az elzálogosító nem tulajdonos örökösévé lesz és Dernburg szerint akkor is, ha a hitelező az elzálogosítót a zálogszerződés idején elzálogosításra jogosítottak gondolta. (Ez vitás.)

A zálogszerződés, minthogy dologi jogot constituál, dologi szerződés. Megkülönböztetendő tőle a kötelmi zálogszerződés, melynek neve szintén *contractus pigneraticius*. Ha A. a dolgot átadja a maga hitelezőjének, kétféle jogviszony keletkezik, melyet egymástól élesen meg kell különböztetni. Ez a két viszony olyan, mint a milyen az *ususfructus*nál is keletkezik: dologi és kötelmi viszony, *ususfructus* és *cautio usufructuaria*. A zálog átadása rendesen egyszerre mindkét viszonyt szüli. Szül először is kötelmi jogot, ezért kötelmi szerződés, a mely, minthogy csak a dolog átadásával *perfect*, *realis* szerződés. Az *obligationalis* viszony, melyet ez szül, abban áll, hogy a záloghitelező a zálogadóssal szemben magát arra kötelezi, hogy ha az adós tartozását megfizeti, a dolgot vissza fogja adni. E kötelmi viszonyban tehát a biztosítandó követelés adósa a jogosított alany, a hitelezője az pedig, a ki a zálogot nyeri, innen záloghitelező, a kötelezett alany. A szerepek tehát épen megfordítottjai a dologi zálogjog szerepeinek. A dologi zálogjogban a jogosított alany a biztosítandó követelés hitelezője tehát a kötelmi zálogviszonynak épen adósa, kötelezett alanya, ellenben kötelezett alany mindenki, tehát a zálogbaadó, vagyis a kötelmi zálogviszony jogosított alanya is, de nemcsak ő, hanem mindenki. A kötelmi zálogviszony létrejön néha ott is, a hol dologi zálogjog nem keletkezik. Ha én egy órát, a mely nem az enyém, zálogba adok, nem keletkezik dologi zálogjog, mert a zálogjogot csak a dolog tulajdonosa constituálhatja. De az a kötelezettség,

hogya a hitelezőm nekem az órát visszaadja, ha én a tartozásomat megfizetem, tehát a kötelmi zálogviszony mégis létrejön. Mert a kötelmi viszonyhoz csak az kell, hogy hitelezőmnek követelése biztosítására bármi dolgot átadjak és ő magát arra kötelezze, hogy követelése megszűntével a dolgot nekem visszaadja. Másrészt megint lehetséges, hogy én dologi zálogjogot constituálok a kötelmi viszony nélkül, azaz a nélkül, hogy a dolog visszaadására irányuló kötelezettség létrejött volna. Ilyen természetesen az eset, a mikor a záloghitelező, a dologi zálogjog jogosított alanya, nem is nyeri meg a zálogtárgy birtokát, vagyis a dolog neki át nem adatik, azaz a hypotheka esete. Három eset lehetséges tehát: 1. Létrejön a dologi zálogjog és kötelmi zálogjogviszony is; ez a rendes pignus esete. 2. Létrejön dologi zálogjog, de a kötelmi nem, vagyis dologi zálogszerződés kötődik, de a kötelmi contractus pigneraticius nem; ez a hypotheka. 3. Létrejön a kötelmi zálogviszony, de dologi zálogjog nem.

A kötelmi zálogszerződésből eredő követelés védelmére a jogosított fél, t. i. a zálogbaadó, a biztosítandó követelés adója: actio pigneraticia in personam directam nyer. E nélkül az adós adóssága lefizetése esetén zálogba adott dolgot csak rei vindicatioval nyerhetné vissza, a mely fegyver azonban csütörtököt mondana, ha nem a saját dolgot zálogosította el. Ezt az actio in personam directam tehát a zálogadás a záloghitelező ellen indíthatja tartozása lefizetése után a zálogtárgy kiadása iránt. Ugyancsak a kötelmi viszonyból nyer keresetet a záloghitelező, tehát a kötelmi zálogviszony adója is. Ő az actio pigneraticia in personam contrariam nyer a zálogadás, tehát a kötelmi zálogviszony jogosított alanya ellen a zálogtárgyra fordított kiadásai erejéig. Ezt a keresetet azonban csak a zálogbaadó ellen indíthatja, hiszen csak vele áll a kötelmi zálogviszonyban. Ettől a két keresettől megkülönböztetendő a dologi zálogjogból eredő actio hypothekaria vagy pigneraticia in rem, melyet a záloghitelező bárki ellen megindíthat, a ki őt a zálog birtokában vagy követelésének a zálogtárgyból való kielégítésében zavarja vagy attól megfosztja. A három kereset között a viszony tehát ez:

az actio pigneraticia in personam directam a zálogadás indíthatja a záloghitelező ellen a zálogtárgy visszaadására;

az actio pigneraticia in personam contrariam a záloghitelező a zálogadás ellen a zálogtárgyra tett kiadásai fejében;

az actio pigneraticia in rem-et (actio hypothekariam) a záloghitelező bárki ellen, ki dologi zálogjogát megsérti.

II. *Testamentum (pignus testamentarium)*. Erről az örökjogban.

III. *Birói ítélet*. Ennek három módja van: 1. A bíró az osztó perekben *adiudicatio*-val constituál zálogjogot. 2. Birói birtokbatalás valamely követelés biztosítására. Minthogy ezt a praetor végezte

a *missio in possessionem* által keletkezett zálogjog neve: *pignus praetorium*. Ilyen követelést biztosító *missiones in possessionem* voltak: a) *missio rei servandae causa*, csőd esetén a hitelezőnek az adós egész vagyonának birtokába utalása; b) *missio legatorum servandorum causa*, a legatariusnak a hagyaték birtokába való utalása, ha az örökös a még nem esedékes legatumok kifizetését biztosítani nem akarta; c) a *cautio damia infecti* megtagadása esetén történt *missio in possessionem* és d) *missio ventris nomine*, a terhes nőnek a hereditas iacensbe való utalása az őt megillető alimentatio biztosítására. Az ilykép birtokbautaltak azonban csak detentiot nyertek, eladási jogot nem és csak Justinianus adta meg nekik az *actio hypothecaet*. 3. A birói úton keletkező harmadik fajtája a zálogjognak a végrehajtási zálogjog, *pignus in causa iudicati captum*, újabb neve: *pignus iudiciale*. Az ilyen zálogolás a római jog csak a császári idő óta és csak az *extraordinarius* eljárásban ismeretes. A birói végrehajtási parancs alapján az ú. n. *executor* vagy *apparitor* végezte a zálogolást, és ha az adós két hónapon belül az ítéletnek eleget nem tett, az így megzálogolt dolgok nyilvános árverésen a legtöbbet ígérőnek adattak el (*auctio*, *subhastatio*; ha a vevő a vételárt meg nem fizeti, újabb árverés, *resubhastatio* tartatik). Ily birói árverésen vevő a hitelező is lehet, mert nem ő, hanem a bírósági eladó. Ily esetben külön eljárás a tulajdon odaitélésére, *dominii impetratio* fölösleges.

IV. *Ex lege* (*pignus legale*). A római törvényes zálogjogok részint specialisak, azaz egyes vagyontárgyakra, részint generalisok, egész vagyonra irányulók. Van tehát *tacita hypotheca legalis specialis* és *generalis*. A *tacita* megjelölés azt akarja jelezni, hogy ez esetekben a zálogjog mintegy a zálogadás hallgatólagos beleegyezésével jön létre, ez azonban nem igaz.

A specialis törvényes zálogjogok közül a legnevezetesebb a bérbe- vagy haszonbérbeadónak a zálogjoga. Úgy a bérbe- mint a haszonbérbeadónak a bérleti szerződés alapján törvényes zálogjoga van a bértárgyra hozott ingókra (*illata*) és a belőle húzott gyümölcsökre a meg nem fizetett bérösszeg fejében. Az albérlő által hozott illata-kra és általa szedett gyümölcsökre csak akkor és annyiban van a főbérbeadónak zálogjoga, ha és a mennyiben ez az albérlő a maga bérbeadójának is hátralékban van a bérrel. A bérbeadó zálogjogának különös védelmi eszköze a *ius percludendi*, t. i. a zálogtárgyak elvitelét megakadályozhatja (a mai háziuraktól nagyon gyakran praktizált jog). A bérlőnek az ilyen percludált tárgyak kiadására *interdictum de migrando*-ja van, ha bebizonyítja, hogy a bért már befizette, vagy hogy az a dolog nem tartozik a zálogtárgyak közé. Az így visszatartott dolgok elvivője ellen a bérbeadónak *actio Servianája*, később a rendes zálogkeresete van, de ha az elvitel az ő tudtával és ellenkezése nélkül történt, zálogjoga megszűnik.

Specialis hypothekát továbbá a következő követelések biztosítására ismert a római jog: Valamely épület helyreállítására nyújtott kölcsön biztosítására maga az épület szolgált. A kiskorú gyámoltnak az ő pénzen vett dologra volt kártérítési követelése biztosításul törvényes zálogjoga. A legatariusnak zálogjoga van a legatummal megterheltnék azon dolgain, a melyeket az örökhagyótól kapott.

Generalis zálogjog illeti:

1. A fiscust, császárt és császárnét bármilyen követelésük, kivéve a büntető ügyeket, biztosítására;
2. az egyházakat emphyteutáik vagyonán a dolog rongálása miatt;
3. a kiskorúakat, elmebetegeket gyám-, illetve gondnokuk vagyonán a vagyongondozásból eredő követelések biztosítására (ha az anya a gyám vagy gondnok, és második házasságra lép, a ~~montoha~~ ^{montoha} ~~aatya~~ ^{aatya} vagyonát is terheli a gyermek zálogjoga);
4. a gyermekeket atyjuk vagyonán az anyjuktól vagy anyai ascendenstől kapott adventiciaik biztosítására és a parens binubus vagyonán a lucra nuptialiak fejében;
5. a feleségnek férje vagyonán dosa (hypotheka dotalis), donatio propter nuptiasa és férj kezelésére bizott vagyona — parapherna — fejében;
6. a férjnek a dosz ígérőnek vagyonán a dos fejében, végül
7. annak, a kinek valamely házastárs úgy hagyott legatumot, hogy csak akkor kapja meg, ha a túlélő házastárs újból megházasodnék, a sub condicione viduitatis megajándékozott házastárs vagyonán.

101. §. A zálogjogot változtató tények.

Baron a zálogjogot változtató tényeket három csoportba osztja: a biztosított követelésben, a zálogjog tárgyában és alanyában beálló változások. Hogy azonban pignoris causa est indivisa, azaz, hogy a zálogjog ugyanaz marad, ha a követelés változik is, nem tekinthető a zálogjog változásának, és azért mi azzal a zálogjog fogalmánál foglalkoztunk. Itt tehát csak a másik két esetet kell tárgyalnunk.

Tárgyilag változtató tények: Ha a zálogtárgy kisebb lesz, természetesen a zálogjog is tárgyilag kisebb, de az elzálogosító a contractus pignoratiticius és esetleg a lex Aquilia alapján ezért felel, ha a kisebbülést ő okozta. Ha a zálogtárgy részekre oszlik, parcelláztatik, vagyis több dologgá lesz, akkor a zálogjog minden egyes részre kiterjed. Ha a zálogtárgy megnövekszik, vagy részeiben gyarapodik, a zálogjog is (tárgyilag) nagyobb, így ha az elzálogosított telken ház épül, ha alluvio történik stb. Ugyanez áll, ha a dolgot megillető jogosítványok gyarapodnak, pl. az elzálogosított praedium dominans új telki szolgáltatást nyer. De nem terjed ki a zálogjog az új önálló dolgokra, pl. nem az alveus derelictusra, insula in

flumine-re stb. A zálogtárgy gyümölcseire a zálogjog csak akkor terjed ki, ha azok a separatióval a zálogtárgy tulajdonosáé lesznek. Vitás kérdés, vajjon az universitas rerumhoz, ha t. i. az a zálogtárgya, került dolgok szintén tárgyai-e a zálognak. A források szerint az elzálogosított nyájhoz kerülő juh szintén tárgya a zálogjognak, de már valamely árúraktárhoz került újabb árúdarabok nem. A döntés alapja, úgy látszik, a zálogot megállapítók vélelmezett akarata, a mely ellenkező akaratnyilvánítással megdönthető. Ha végül a zálogjog generalis, azaz az egész vagyona kiterjedő, akkor Justinianus szerint a vagyonhoz kerülő minden újabb dolog is tárgya a zálogjognak, sőt a vagyontömegből eladott dolgokon is fenmarad a zálogjog.

Alanyilag változtató tények: A zálogjog alanyában csak úgy történhetik változás, ha egyszersmind a követelés alanya is megváltozott. Megváltozik tehát a zálogjog alanya (persze csak a jogosított alanyról lehet szó, mert hiszen kötelezett alanya mindenki), ha a követelés (jogosított) alanyában akár universalis, akár singularis successio által változás állt be. Az új hitelezőre száll át a követeléssel együtt a zálogjog is. Ez a zálogjog accessorius természete. Némely esetben azonban a zálogjog nem accessorius természetű, egyik követelésről a másikra száll, úgy hogy az új zálogjogosult csak a zálogjogba succedál, a vele biztosított követelésbe nem. A zálogjog ilyen alanyi változását *successio hypothecaria*-nak nevezik, és csak akkor van helye, ha az átruházott zálogjognak más zálogjogok előtt elsőbbsége van, vagyis a zálogtárgyon több zálogjog állott fenn, a melyek közt a succedálandó zálogjog nem állott utolsó helyen. A *successio hypothecaria* esetei a következők:

1. A zálogjogi prioritással bíró követelés novatioja, régi követelés helyébe azonos tartalmú új lép. Az új követelés a réginek biztosítására szolgáló zálogjogot nyeri, vagyis ha pl. a régi követelésnek primus, első helyen, zálogjoga volt, akkor a novatio útján létrejött követelés ugyanezt a zálogjogot nyeri, bár később keletkezett, mint a második, harmadik helyen biztosított követelések.

2. A ki pénzt ad egy előbb álló záloghitelezőnek kielégítésére, és ezért magának a dolgon zálogjogot köt ki, az, ha az elől álló hitelező követelése a pénzzel kielégítettett, ennek zálogjogába succedál. Ugyanez az eset, ha valaki, pl. egy hátul álló záloghitelező a zálogtárgyat abból a célból veszi meg, hogy a vételárból egy előlálló záloghitelező kielégíttessék. Ilyenkor a vevő zálogjogot szerez minden követelés nélkül a saját dolgán. Ezzel szemben Dernburg szerint ily esetben és egyáltalában a *successio hypothecaria* minden esetén nemcsak a követelés nem száll át, de még a zálogjog sem. Szerinte ilyenkor a követeléssel együtt a zálogjog is megszűnik és a hitelezőt kielégítő, vagy az e célból a zálogtárgyat megvásárló új zálogjogot nyer. A minnek az alanya megváltozik, az nem a zálogjog, hanem az elsőbbség, a rang. A

successio hypothecaria nem in hypothecam, in pignus successio, hanem successio in prioritatem. Baron szerint a hypothekaria successiónak illeten felfogása a forrásokkal ellenkezik. A régiebb írók különben még tovább mentek, mint Windscheid, Baron stb., a kik t. i. a zálogjogot tovább fennállónak mondják. Mühlenbruch és mások még azt vitatták, hogy a successio hypothecaria esetén nemcsak a zálogjog marad meg és száll át az új zálogjogosultra, hanem egy cessio legis alapján maga a követelés is. Ez már azért is helytelen, mert az 1. esetben pl. a követelés kifejezetten megszűnik.

3. Valamely a rangsorban hátrább álló hitelező bármely előtte állónak követelése kielégítését felajánlhatja (*ius offerendi*) és ha ez a kielégítés tényleg megtörtént, vagy, ha a hitelező a kielégítési összeget elfogadni nem akarta, bíróilag deponáltatott, akkor a hátrább álló hitelező az előtte állónak zálogjogába lép, persze a közbülső hitelezők sérelme nélkül. Ha tehát pl. a primus követelése 500 frt, secundusé 1000 frt, tertiusé 800 frt, és tertius a *ius offerendi* primussal szemben gyakorolja, akkor ő a primus zálogjogába (Dernburg szerint csak prioritásába) lép, de csak 500 frt erejéig (a mivel primust kielégítette), az eredeti 800-zal tovább is harmadik helyen marad. Hogy neki mi a célja, hogy primust (vagy esetleg secundust) kielégítse, holott ez által a saját követelésével nem jut előbbre? Esetleg például attól fél, hogy primus rossz időben fogja a dolgot értékesíteni, úgy hogy az ő 3. helyen álló követelésének kielégítésére nem fog sor kerülni a vételár csekély volta miatt. Római jog szerint a *ius offerendi* elévül, ha a posterior a prior a zálogadás életében 40, halála után 30 évig a zálogtárgy birtokában hagyta. Vitas, vajjon egy korábbi hitelező valamely hátrább állóval szemben a *ius offerendi* gyakorolhatja-e? Paulus sententiái II. 13. §., 8. alapján a legtöbb író erre igennel felel.

4. Ha a később álló záloghitelezőnek követelése biztosítására más zálogtárgyon is van zálogjoga (egyetemleges zálogjog) és ő megengedi, hogy ez a másik zálogtárgy eladassék és a vételárból az ezen zálogtárgyon előtte álló hitelező kielégíttessék, akkor ő ennek zálogjogába lép.

Egész más a mai *elsőbbségátengedés*. Ha az egyik záloghitelező a maga elsőbbségét átengedi valamely későbbinek (*cessio prioritatis*), akkor voltaképen helycsere történik. Ez persze megint a közbülső hitelezők sérelme nélkül kell, hogy végbemenjen. Pl. primus követelése 300 frt, secundusé 500 frt, tertiusé 400 frt, quartusé 800 frt. Most primus átengedi a maga helyét quartusnak, akkor quartus 300 frt erejéig primus helyébe lép, de 500 frttal régi helyén marad, és primus a maga 300 frtjával szintén quartussá lesz. Ugyanez az eset, ha a bíró itéli oda két különböző helyen álló zálogjog közül az egyiknek az elsőbbséget. Csakhogy ez esetekben nincs igazi successio, mert ez csak a két fél között hatályos, *ius facit inter partes*. Mindenki mással szemben a helyzet a régi

marad. Ha pl. a helyét átengedő hitelező követelése megszűnik, akkor nem az engedményes, a quartus, marad a helyén, hanem a secundus lép előre, és így tovább, quartus pedig egész követelésével régi helyén marad, t. i. tertius mögött. Ha azonban ma az elsőbbség átengedése telekkönyvileg bekebeleztetik, a telekkönyv minden bejegyzése dologi hatályú lévén, az elsőbbség átengedése valóságos successio lesz. Exner (Das österr. Hypothekenrecht) szerint ennek is csak viszonylagos hatálya van, a mi nyilván ellenkezik a telekkönyv rendeltetésével.

102. §. A zálogjogot megszüntető tények.

A zálogjog megszűnik :

1. Ha a zálogtárgy megsemmisül, vagy res extra commerciummá lesz.

2. *Confusio*. Ha a záloghitelező a zálogtárgy tulajdonosává vagy fordítva a zálogtárgy tulajdonosa a hitelező utódjává lesz.

A római jognak elve ugyanis, hogy senkinek sem lehet a saját dolgán zálogjoga. Ez az elv módosulást szenved, ha több hitelező közül az előlálló lesz a dolog tulajdonosává, akár mert zálogjogáról nem tud és így szerzi meg a dolog tulajdonát (lex Latinus Largus), akár hogy a dolgot az adóstól fizetés helyett elfogadja, akár pedig fordítva maga a zálogtárgy tulajdonosa elégíti ki az előlálló hitelezőt, és ez rá követelését a zálogjoggal együtt cedálja. Hogy ilyenkor a tulajdonos a maga dolgán zálogjogát folytassa, igazságos és helyes, mert különben anyagilag sérelmet szenvedne, a hátrábbi hitelezők pedig ok nélkül előnyt nyernének. Némely újabb író elvként állítja fel, hogy a római jog a tulajdonosnak a saját dolgán zálogjogot enged. Ez azonban nem igaz. Az előbbi eset csak kivétel.

3. Ha a záloghitelező zálogjogáról lemond akár hallgatólag, akár kifejezetten, akkor a zálogjog megszűnik. Római jog szerint lemondásnak tekintetett az is, ha valamely telek eladásakor a záloghitelezők nyilvánosan jelentkezésre szólítottak fel és bár helyben voltak, mégsem jelentkeztek. Ez volt a római jognak egyetlen ellenszere a publicitas hiánya ellen.

4. Megszűnik végül a zálogjog *elévülés* által. A ki a zálogtárgyat jóhiszeműleg, azaz azt terhelő zálogjogról nem tudva szerezte, és 10, illetve inter absentes legfeljebb 20 év alatt birtokolta, a záloghitelező keresetével szemben praescriptio longi temporis nyert, sőt ha a dolog a záloghitelezőhöz kerül, tőle ki is vindicálhatja. A zálogjog tehát megszűnt. Nem évül el azonban a zálogjog, ha az elzálogosító vagy annak örökösei birtokolják a dolgot a mondott időn át. A zálogjog elévülésétől meg kell különböztetni a zálogjogi igény elévülését, a mely csak 40 év után történik.

5. A feltétel vagy időhatározmány beállta, a melyhez a zálogjog megszűnése kötve volt, szintén megszünteti a zálogjogot.

6. A követelés megszűntével megszűnik a zálogjog is. A kivételeket már a *successio hypothecariánál* tárgyaltuk. Megmarad persze a zálogjog, ha a követelés naturalissá (be nem perelhetővé) lesz. Sőt Paulus említ egy esetet, mikor nem a zálogjog marad fenn a *naturalis obligatio* kedvéért, hanem ellenkezőleg a *naturalis obligatio* marad fenn a zálogjog kedvéért (l. 61. (59.) pr. D. 36. 1.). Az eset az, hogy a záloghitelező az adós örökösevé lesz, de megterhelve *universalis fideicommissummal*. Ilyenkor zálogjoga megmarad és *remanet propter pignus naturalis obligatio*. A mai telekkönyvi intézmény mellett követelés és zálogjog közt nem oly erős a kapcsolat: a zálogjog megmarad követelés nélkül is és helye bármely későbbi hitelezőnek átengedhető. (Voltaképen csak a *prioritas* marad meg, de a zálogjog nem, ha a kettőt így elválasztanunk szabad, a mi nincs általánosan elismerve.)

7. Megszünteti végül a zálogjogot a zálog eladása is. Ez nemcsak az eladó, hanem minden záloghitelező zálogjogát megszünteti. (Ma a telkek *subhastatiojánál* erre nézve két rendszer áll fenn a különböző államokban: a törlési és átvételi rendszer. A törlési rendszernél a telkek eladásakor a rajta fennálló összes zálogjogok megszűnnek, az átvételi rendszernél a telkek vevője az eladó záloghitelezőt megelőző *hypothekákat* a tőke erejéig átvállalja, tehát nem szűnnek meg.) Ha nem a záloghitelező adja el a dolgot, akkor a zálogjog meg nem szűnik, csak a következő kivételes esetekben: a) Ha a császár, a császárné vagy a *fiscus* adja el a dolgot, mint zálogtól menteset és b) ha az örökös, a ki a *beneficium inventarii*vel élt, adja el a zálogtárgyat a hitelezők és *legatariusok* beleegyezésével.

8. Büntetésből megszűnik a zálogjog, ha a záloghitelező visszaél a dologgal, deteriorálja.

103. §. A zálogjog védelme.

A zálogjog védelmére szolgáló *actiónak* neve, alkotója révén: *actio Serviana* és *quasi Serviana*, tartalma szerint: *actio hypothecaria* (vagy *pigneraticia*) *in rem*.

Felperes a nem birtokló záloghitelező, alperes bármely birtokos (a tulajdoni alperesség elvei szerint, tehát a *detentor* és a *fictus possessor* is). A megindítási időpont tekintetében különbséget kell tenni a kézi zálog és jelzálog közt. A kézi záloghitelező követelése lejártá előtt is megindíthatja a keresetet a zálogtárgy visszaadása iránt, ha t. i. birtokát elvesztette, a *hypothekarius* rendszerint csak a követelés lejártakor, előbb csak különös veszélyeztetés esetén. Felperesnek a maga zálogjogát, alperes birtokát és *hypotheka* esetén a követelés lejártát is kell bizonyítania. A kereset *petituma*: a zálogjog elismertetése, a zálogtárgy birtokának átadása és a

mennyiben a zálogtárgy a követelés kielégítésére nem elegendő, az időközben húzott vagy húzandó gyümölcsök átadása is. A mennyiben az ítélet pénzbeli condemnatio, ha a zálogadós a birtokos, csak a követelés erejéig marasztaltatik el, minden harmadik, a zálogtárgy teljes értékében.

Alperes a következő kifogásokkal védekezhetik:

1. A fizetést felajánlja, a mivel a követelés és így a zálogjog is megszűnik. Jóhiszemű harmadik birtokosok (harmadik birtokos, mindenki csak a zálogadós nem) a fizetés fejében felperestől keresete cessióját kérhetik (*beneficium cedendarum actionum*). Ha ő ezt megtagadja, keresetével visszautasíttatik.

2. Retentióval élhet a zálogtárgyra tett kiadásai fejében, még pedig a jóhiszemű birtokos a hasznos kiadások erejéig is.

3. Alperes védekezhetik azzal is, hogy neki erősebb vagy egyenlő zálogjoga van (*melior est condicio possidentis*).

4. Emelheti az elévülés kifogását, még pedig, ha ő az adós vagy annak közvetlen örököse, illetve hátrább álló záloghitelező, 40 évi, különben 30 évi birtoklás után.

5. Ha a felperesnek követelése biztosítására generalis és azonkívül specialis zálogjoga is van és ő a keresetet generalis zálogjoga alapján indítja meg, *exceptio excussionis realis*-sal visszautasítható és arra utasítható, hogy előbb a specialis zálogjog alapján keressen kielégítést (*beneficium excussionis realis*).

6. Justinianus behozta a *beneficium excussionis personalis*-t, a melynek alapján a záloghitelező *exceptio excussionis personalis*-sal arra volt utasítható, hogy mindenek előtt a személyes adósok (a főadós és kezesei) ellen forduljon, mielőtt a harmadik birtokos ellen a zálogkeresetet megindítaná.

A mai *actio hypothekariá*ban a rómainak elve módosulást szenvedettek. Ma ugyanis a jelzálog birtoka még a követelés lejártakor sem követelhető, hanem csak az, hogy az ingatlan vagy sequestratióba helyeztessék vagy elárvereztessék (*kényszer-subhastatio*.)

Az *actio hypothekariá*n kívül a záloghitelezőt, mint birtokost a birtokinterdictumok, mint bérbeadót a bérlő illatain az *interdictum Salvianum* és általában utiliter az *actio negatoria*, *confessoria* és más személyes keresetek illetik meg, de ez utóbbiak alapja nem a zálogjog, tehát nem itt tárgyalandók. A ki a publicianus tulajdonostól nyert zálogjogot, az az *actio hypothecariá*t, mint Publicianat indíthatja meg.

A középkor óta minden hitelező, a ki prima facie zálogjogot tudott felmutatni, megindíthatta az *interdictum Salvianum*-ot, a mely tehát új rendeltetést nyert. Szintén prima facie zálogjoga volt annak a hitelezőnek, a ki a követelést megállapító szerződés mellett ú. n. *pactum de ingrediendo*t kötött az adóssal, hogy t. i. a biztosított követelés nem teljesítése esetén a zálogtárgyat önhatalmúlag birtokba veheti. Az ily hitelező e *pactum* alapján igénybe vehette a bírói segílyt.

104. §. Több záloghitelezőnek egymáshoz való viszonya.

Egy dolgon több zálogjog is constituálható, még pedig nemcsak pro partibus indivisis, hanem úgy is, hogy minden egyes zálogjog az egész zálogtárgyra áll fenn. Az utóbbi esetben (és erről szólunk a továbbiakban) a záloghitelezők közt bizonyos sorrend van, a mely részben általános, részben singularis jogszabályon nyugszik, a mely utóbbinak fenforgásakor privilegizált zálogjogról beszélünk.

A rendes sorrend tekintetében meg kell különböztetni:

a) Ha ugyanannak a dolognak az elzálogosítása különböző auctoroktól ered, a kik jogi vonatkozásban nem állanak, akkor az a záloghitelező, a kinek auctora erősebb jogú pl. tulajdonos, holott a másiké csak jóhiszemű birtokos, tekintet nélkül a zálogjog keletkezési idejére megelőzi a zálogjogot gyöngébb auctorra alapító záloghitelezőt;

b) ha a dolgon ugyanaz az auctor (vagy annak successora) constituált több zálogjogot, akkor

α) ha a zálogjogokat egy időben constituálta, a mivel egyenlőnek vétetik, ha a zálogjogok keletkezési ideje már ki nem puhatolható, akkor kifelé a zálogjogok egyenlő rangúak, egymás közt melior est condicio possidentis.

β) Minden egyéb esetben *qui prior tempore, potior iure*, a rangsor az idő szerint állapittatik meg.

Kivétel: Megjegyzendő azonban, hogy Leo császár constitutiója szerint a pignus publicum és quasi publicum minden, bár korban előbbi, de zálogjogát csak magánokiratra visszavezető, záloghitelezőt megelőz.

A rendes sorrend alól a második kivétel a privilegizált zálogjogok, a melyek minden régebbi zálogjogot megelőznek. Ilyenek a fiscusnak adóhátralékok és más közszolgálatok biztosítására szolgáló generalis hypothekája, továbbá annak a hitelezőnek a zálogjoga, a ki a zálogtárgy fentartására, helyreállítására, megszerzésére adott pénzt (in rem versio) és Justinianus szerint a hypotheka dotalis (de csak a nő és descendenseinek zálogjoga, a nő successoraié nem). Ha több privilegizált zálogjog concurrál egymással, az elsőbbség a fiscus adókövetelését biztosító zálogjogé, sőt dotalis hypotheka is megelőzi az in rem versióból támadt zálogjogot.

Vajjon a publicus és quasi publicus záloghitelezők a privilegizált, de nem publicus záloghitelezőket megelőzik-e, vitás. Az uralkodó nézet szerint nem.

Teljes korlátlan zálogjoga csak a legelől álló hitelezőnek van, csak ő adhatja el a zálogtárgyat (ma a hátrább álló is, de csak az előtte álló jogainak sérelme nélkül), a vételárból először az ő követelése elégített ki. A hátrábbállónak csak az a joga van meg, hogy a hyperocha őt illeti, azaz az előtte álló követelésének

kielégítése után fenmaradó része a vételárnak az ő követelése kielégítésére fordíttatik. Meg van neki továbbá a *ius offerendi et succedendi*, bármely előtte álló hitelezőt kielégíthet és a kielégítési összeggel annak helyébe léphet. Már a kereset, az *actio hypothecaria* őt feltétlenül megilleti, persze az előtte vagy vele egy sorban álló hitelező őt exceptióval visszautasíthatja.

A *successio hypothecaria* is voltaképpen több zálogjog egymás-közi viszonyára vonatkozik. Erről azonban már a zálogjog változásánál beszéltünk.

105. §. Jogok elzálogosítása.

(Dernburg nyomán.)

A zálogjogot, a mely a római jogban dologbeli jog, a praxis kiterjesztette a *res incorporales*-re is. Megengedte, hogy jogot, követelést is zálogba lehet adni, mert jó és biztos követelés époly megbízható zálogtárgy, mint a testi dolog. Elvvé lett, hogy mindent zálogba lehet adni, a mit el lehet adni. Így fejlődött ki a *pignus nominis* intézménye. Ennek jogi természetére nézve két elmélet áll fenn. Az egyik szerint a *pignus nominis* époly zálogjog jogon, mint a *pignus rei* dolgon; érvényesítésére szintén az *actio hypothecaria* szolgál. Ezzel szemben a másik (helyesebb) nézet szerint a jogon való zálog tárgya nem a jog, mert ez ellentétben van a római jog azon alap elvével, hogy jognak tárgya jog nem lehet. A zálogjog jogon voltaképpen a zálogbaadott jognak egy a zálog céljából történő korlátolt *cessio*-ja. Azért korlátolt *cessio*, mert a mennyiben a záloghitelező jogai általa sérelmet nem szenvednek, az elzálogosító (a ki szintén hitelező, t. i. a zálogba adott követelés hitelezője) jogai fenmaradnak. A záloghitelező, hogy jogi zálogjogát biztosítsa, a harmadadóst (t. i. a zálogba adott követelés adósát) értesítheti — *denuntiatio*.

A jogon zálogjogot bíró hitelezőnek zálogjoga érvényesítésére két eszköze van:

1. Ha követelése lejárt, az elzálogosított követelést a harmadadóstól behajthatja: *ius exigendi* (l. 18. pr. D. 13., 7.), még pedig nemcsak a maga biztosított követelése erejéig, hanem teljes egészében. A harmadadós csődtömegében is tehát az egészszel szerepel. Ha persze mindkét követelés pénzkövetelés, csak a maga biztosított követelésének megfelelő összeget fog kaphatni. Ha a záloghitelezőtől ekkép érvényesített zálogba adott követelés kielégítése pénzben történik, akkor ő a pénz tulajdonát nyeri, minden egyéb behajtott dolgon csak zálogjogot, míg a tulajdon az elzálogosító közvetlen hitelezőé.

2. A záloghitelező a neki zálogosított követelést eladhatja (pénzért cedálhatja), és a vételárból magát kielégítheti. Ez állandó

árfolyamokkal bíró értékpapiroknál feltétlenül áll, minden egyéb követelésnél csak akkor, ha a harmadadós önként nem fizet.

A jogra való zálogjogok közül a legvitásabb materia magának a zálogjognak zálogba adása: *pignus pignoris*, *subpignus*. Sokan benne csak újabb a zálogtárgyon a záloghitelező által constituált zálogjogot látnak. Ez helytelen, mert a záloghitelező nincs jogosítva zálogjogot constituálni. A *subpignus* nem egyéb, mint a zálogjogilag biztosított követelésnek, t. i. a *subpignus* constituáló záloghitelező követelésének elzálogosítása a vele kapcsolatos zálogjoggal együtt. Az imént részletezett elvek tehát erre is kiterjednek.

Fontos végül a *szolgalmak elzálogosítása*. Ennek két alakja ismeretes. Először már fennálló szolgalomnak a szolgalmas által történő elzálogosítása, másodszor egy az elzálogosítással egyidejűleg és ép e célból constituált szolgalomé a dolog tulajdonosa által. Az első csak *ususfructus* esetén lehetséges, a hol a záloghitelező az *ususfructus*nak a zálogjog céljából történő gyakorlására van jogosítva és a gyakorlás által a maga követelését kielégítheti. Ha követelése esedékes, az *ususfructus* gyakorlását zálogjogilag el is adhatja. A szolgalom elzálogosításának második módjának leggyakoribbi alkalmazása szintén az *ususfructus* zálogbaadása. Az adós a hitelezőnek zálogcélokra *ususfructus*t ad valami dologán (ez rá nézve az egyenes zálogbaadásnál annyiban kedvezőbb, hogy a dolog birtokát megtartja és a zálog csak hitelező élete végéig tarthat). Ha a biztosított követelést a lejáratkor nem teljesíti, a hitelező az *ususfructus* gyakorlását eladhatja. (Némelyek szerint a hitelezőnek csak *facticus* haszonélvezete van és csak a vevő nyeri a haszonélvezetet, mint jogot. De hát akkor, hogy lehetett addig is a zálog szolgalmon fennálló, ha a szolgalom csak most keletkezik?) Ha a szomszédom a hitelezőm, zálogul constituálhatok számára úti vagy vízi szolgalmat is, a melyet ő gyakorolhat, sőt, és ez anomalia, követelése lejártakor ezt a telki szolgalmat más szomszédnak is eladhatja.

A zálogjog zálogjogon mindezek szerint külön jog, nem zálogjog, mert sem dologbeli jog, sem absolut jog.

KÖTELMI JOG.

I. rész. A kötelmekről általában.

I. FEJEZET. A KÖTELMEK JOGHATÁSA ÁLTALÁBAN.

106. §. A kötelem fogalma.

A kötelmi jog a római jognak legfontosabb és legnehezebb része. Legfontosabb azért, mert a kötelmi jog az a része a római jognak, a mely a legelevenebb a mai napig, ebben a kötelmi jogban tartotta meg a római jog a maga erejét a mai napig. Ha a római jogról, mint ratio scriptáról beszélünk Európaszerte, a mely t. i. magában foglalja azt, a mi, mint mondani szokás, magától értetődő, a melyhez a birói gyakorlat folyamodik, ha a hazai jog útmutatást nem ad, a melyet tehát általános jogi elveknek lehetne nevezni, akkor ez első sorban a kötelmi jogra áll. A római kötelmi jog annyira universalis és annyira megtartotta a maga erejét, hogy ez a magánjognak az a része, a melyben az összes modern jogok találkoznak, úgy hogy csak apróságokban mutatnak eltéréseket. Nem így van a családjogokban és nem így van az már a dologi jogok egy nagy részében sem, a hol az újabb jogokban az ingó és ingatlan vagyongajok átható különbségénél fogva és továbbá azon fontosságnál fogva, a melyet a telekkönyv intézménye és a jóhiszemű szerzés nyertek, nagy eltérések vannak a római jogtól egyrészt és az egyes jogok közt egymás között is másrészt. Végül nagy eltéréseket mutat az örökjog is, melybe germánjogi és egyéb modern hajtások vegyültek. Ezekkel szemben a római kötelmi jog annyira vicens, hogy pl. a legújabb, legmodernebb tendentia, mely a kötelmi jogokban keresztül kezd hatolni: az adósnak védelme a hitelezővel szemben, a mely tendentiát socialis törvényhozásnak szeretnek nevezni, ennek alapjai is már a római jogban megvannak. A kötelmi jog azonban nemcsak azért legfontosabb része a római jognak, mert a legactualisabb, hanem azért is, mert a római jogász elme és erő e téren mutatja legszebb gyümölcseit. És míg a jogrendszernek többi részei magába zárt egységek, addig a kötelmi jog tanai kiterjednek a jognak egyéb ágaira is. E tekintetben is a

kötelmi jognak általános része a legfontosabb, mert ez az egész magánjogra kiterjed és voltaképen nem egyéb, mint az egész magánjog általános részének kiegészítő része. Épen ez okból mi számos oly tant, a mely már az egész pandektajog általános részébe lett volna sorozandó, pl. a szerződések tanát, csak itt adjuk a kötelmi jog általános részében. Fontossá teszi a kötelmi jog általános részét az is, hogy a lehető kötelmek száma szinte végtelen, azok külön, mint pl. a dologi jogok, nem is tárgyalhatók. Ezért azután a különös rész csak néhány fontosabb kötelemmel foglalkozik és így a főszűly az általános részre esik.

A kötelmi jogot tehát két részre osztjuk: általános és különös részre. Az általános részt tovább osztjuk fel: a kötelmek jog hatásáról általában, a kötelemkeletkeztető, változtató és megszüntető tények.

A kötelem tanában felmerülő első kérdés természetesen az, hogy mi a kötelem? Az a mondás, hogy *omnis definitio in iuris prudentia periculosa est*, a kötelmi jog definíciójára is áll. Már a források is definiálják a kötelmi jogot, még pedig másképp az institutiók, másképp a digesták. Az institutiók szerint (pr. J. III. 13.) *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvenda secundum nostrae civitatis iura*. Az, hogy az *obligatio iuris vinculum*, nem egyéb metaphoránál, a mely minden más jogi viszonyra is talál és ép azért semmit sem mond, hogy továbbá *necessitate adstringimur*, hogy kényszerűséggel vagyunk lekötve, megint nem mond mást, mint a mit már a *iuris vinculum* is kifejezett, és végül, hogy *solvendae rei*, általában nem áll, mert a kötelem tárgya igen sok esetben nem *solutio rei*; pl. ha a tánczosnő magát tánczra kötelezi, a kötelem nem *vinculum solvendae rei*, ő nem dolgot köteles adni, hanem *facere*, tánczolni. A digesták meghatározása (l. 3. pr. Dig. de obl. 44., 7.): *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. Ez már jobb, de azért még mindig kifogásolható.

A kötelmi jog legáltalánosabb, de ép ezért legszintelenebb definíciója, a melyből voltaképen még a kötelmi jog képét nem kapjuk meg, hogy az miféle szerzet, a következő: *A kötelem olyan jog, melynél fogva egy vagy több személy egy vagy több személytől bizonyos magatartást követelhet.*

Az *obligatio* szó definíciójának nehézsége abban van, hogy többféle értelemben használjuk. Jelenti a fönt kifejtett alapértelmen kívül:

a) Magát azt a tényt, a melyből a kötelem származik, ily értelemben beszélünk *verborum obligatióról*. Ebből abususként fejlődött az, hogy *obligatio* alatt magát azt az iratot is értjük, a mely a kötelemkeletkeztető ténynek formája volt.

b) jelenti azt, a mi ebből az obligálásból, ebből a keletkeztető tényből származik, a kötelmet, mint jogviszonyt. Ez az, a mire az institúciók definitiója azt mondja: *iuris vinculum*.

c) Jelenti ezen viszonynak egyik oldalát, t. i. azt, a mely a hitelező javára előáll, jelenti tehát a követelést; ily értelemben beszélünk *adquirere obligationem*ről.

d) Jelenti továbbá azt is, a mi az adós terhére előáll, tehát annyit jelent, mint *debitum*, tartozás. Így beszélünk pl. arról, hogy *in obligatione est aliquid*.

De nemcsak a latin elnevezés ad ily sokféle értelmezésnek helyet, hanem a magyar is, t. i. a kötelem szó, bár az utolsó értelemben nincs még meghonosodva.

Az obligatióról, mint jogról adott definitiónk, teljesen helyes ugyan, de bővebb magyarázat nélkül nem elég. Ezért vegyük bővebb elemzés alá. Azt mondtuk, hogy a kötelmi jog abban áll, hogy egy vagy több bizonyos személytől valamely magatartást követelhetünk. Azért használtuk e szót magatartás, mert ezzel a nagyon szintelen szóval akarjuk jelölni, hogy nemcsak pozitív szolgáltatás, hanem pusztán passivitás, nem tevés, abbanhagyás is követelhető A.-tól B. irányában.

A kötelmi jogban definitiónk szerint először is két kötelmi alánnyal találkozunk: egy vagy több jogosult és egy vagy több kötelezett alánnyal. Egy vagy több személy, a jogosultak, javára meg van parancsolva valami egy vagy több bizonyos személynek. Tehát úgy a jogosult, mint a kötelezett részen személyek vannak, még pedig egy vagy több. A jogosult részen levő személyt *hitelezőnek*, *creditor*nak, *reus credendine*nek, *reus stipulandin*ak hívjuk, a kötelezettet pedig *adós*nak, *debitor*nak, *reus debendi* vagy *promittendine*nek. Az, hogy jogosult alany szemben áll kötelezettel, az nem sajátja a kötelmi jognak, az minden jognál úgy van. A személyi és a dologi jogok esetén is van jogosult és kötelezett alany. A mi a kötelmi jognak a sajátja, a miben a kötelmi jog a többi jogoktól különbözik, az az, hogy a kötelmi jognál is lehet ugyan a kötelezett részen egy vagy több személy, de sohasem lehet mindenki. A kötelmi jog tehát relatív jog, a belőle eredő actiók *actiones in personam*, szemben a dologi és személyi joggal, a hol a jogosított alánnyal szemben mindenki áll, a melyek tehát abszolút jogok, a melyek védelmére tehát *actio in rem* szolgál.

Azt mondhatná azonban valaki, hogy a dologi, személyi és legtöbb családjogoknál is, a hol, mint mondtuk, abszolút jogom van, ha valaki az én jogomat sérti, pl. az én kabátomat B.-nél találom, én az én keresetemet csak ez ellen a jogellenes magatartást tanúsító ellen, ez ellen a B. ellen indíthatom, hol van tehát az abszolút-ság? Ez a kérdés helytelen, mert összetéveszti a jogot az igény-nel. Dologi jogom az a parancs, hogy a kabátomhoz senki ne nyúljon, az mindenki ellen van intézve, tehát valójában abszolút.

Más azonban a dologi stb. jogom megsértéséből származó igény, ez mindig relatív jog, kötelmi jog. Ha valaki az én abszolút jogomat sérti, abszolút jogom tovább is fenmarad, de keletkezik azonfelül egy kötelmi jogom, egy relatív jogom, egy obligatio intézve a jogsértőhöz jogellenes magatartása megszüntetésére, tehát ad restitutum vagy a kár megtérítésére. Ez tehát egy abszolút jogból a mellé származó kötelem vagy legalább is kötelemszerű jog. Ezeket az abszolút jogok megsértéséből eredő obligatiókat a mai dogmatika külön névvel nevezi, t. i. abszolút igénynek, *actio in rem*nek. Az tehát, hogy abszolút igény, nem azt jelenti, hogy mindenki ellen fordul, hanem csak azt, hogy mindenki ellen forduló jogból keletkezik. De igény nemcsak a dologi s egyéb abszolút jogok megsértéséből származik, hanem kötelmi jog megsértéséből is, a mikor relatív igénynek, kötelmi igénynek, *actio in personam*nak nevezzük. Az igény, Anspruch, *actio* a szónak anyagi értelmében tehát általában kötelmi jog, mert csak egy személy ellen fordul, t. i. a sértő ellen és keletkezik valamely dologi stb. vagy kötelmi jog megsértéséből. (Igény alaki értelemben a kereset.) Az igény mindig kötelmi jog, csak a jogsértés előtt van abszolút jog, t. i. mindenki ellen forduló jog. A kötelmi jogok azonban már megsértésük előtt is csak relatívak, azaz kötelezett alanyuk csak egy vagy több bizonyos személy, a kiket adósoknak hívunk. Lehet a kötelemnél is több kötelezett személy, adós, de sohasem lehet mindenki. A legtöbb esetben azonban a kötelem jogosított és kötelezett alanya csak egy személy.

Ez az egy vagy több személy megint különböző módon lehet meghatározva. Én pl. rendelhetem, hogy B. fizessen 100 frtot A-nak, de rendelhetem azt is, hogy B. fizessen 100 frtot annak a személynek, a ki mátol számított 5 év alatt ezt és ezt a feltételt fogja teljesíteni. Pl. pályadíjak kitűzésénél arra kötelezem magamat, hogy fizetni fogok annak, a ki a legjobb munkát be fogja nyújtani. Itt is meg van határozva a személy, még pedig a jogosított alany, de nem közvetlenül. E szerint beszélünk arról, hogy akár a hitelező, akár az adós meg lehet határozva közvetlenül és meg lehet határozva közvetve. Az állampapír pl. úgy szólhat, hogy a magyar állam ezen papír átadójának (ezért ú. n. bemutatóra szóló papír) ezt és ezt az összeget fizeti. Itt a hitelező közvetve van meghatározva. Már a névre szóló papírnál a hitelező meghatározása közvetlenül történik. Közvetlenül van meghatározva a hitelező vagy az adós, ha már az obligatio létrejöttének pillanatában van meghatározva, névszerint rá lehet mutatni, *persona certa*, közvetve, ha csak később válik a személy egyedileg ismeretessé, egyelőre csak körül van írva, egyelőre *persona incerta*. Ez a *persona incerta* persze nem azt jelenti, hogy ez a személy általában megtudhatatlan, mindvégig ismeretlen marad, mert ily alanyú az obligatio nem lehet. A hitelező tekintetében a római jog megkívánja a *persona*

certát, megkívánja, hogy concrete, egyedileg legyen meghatározva, már a modern jogok meglegszenek az absztrakt meghatározással is (pl. pályadíjkitűzés ú. n. pollicitatio, vagy a bemutatóra szóló papírok). Az adós tekintetében is megkívánta a római jog a meghatározott személyt, holott ma ismeretesek pl. a realterhek, azaz oly követelések, melyeknek adósa csak közvetetten van meghatározva, t. i. adós az, a ki valamely dolognak tulajdonosa. Ily közvetett meghatározását az adósnak a római jog csak közjogi terhek-nél ismeri, magánjogi követeléseknél nem. Felmutat azonban a római magánjog is egy alakulatot, mely az adós személyének közvetett meghatározásaként fogható fel. Ez t. i. az actio in personam in rem scripta. Ez oly obligatio (a római mindig a per nyelvéen beszél, ezért obligatio helyett actiót mond), a mely egy személy ellen fordul, a ki kezdettől fogva egyénileg nincs meghatározva, hanem csak közvetetten úgy, hogy nekem az adósom mindenkor az, a ki egy bizonyos dolog tulajdonában van. Ilyen pl. az actio quod metus causa. Ha t. i. valaki az órámat tőlem kizsarolta, akkor nekem ex delicto keresetem származik mindenki ellen, a kihez ez az óra később kerülni fog, tehát nemcsak az ellen, a ki tőlem kiero szakolta. Itt obligationalis viszony származik köztem és minden pillanatban a között, a kinél az óra van. Obligationalis viszony, tehát actio in personam, de fordulhat mindenki ellen, a kinek kezébe a kiero szakolt dolog kerül, ~~ennyeben~~ in rem scripta. Ilyen még az actio ad exhibendum, attól, a kinél bármely dolgom van, követelhetem, hogy azt mutassa fel. Mihelyt a dolog hozzá kerül, obligálva, kötelezve van, tehát actio in personam, de mindenki ellen fordulhatok, tehát in rem scripta.

II. A kötelemről adott definitiónkban azt mondtuk, hogy a fentebbiek szerint meghatározott egy vagy több hitelező az egy vagy több adóstól bizonyos magatartást, tehát tevést vagy nem tevést követelhet, vagyis az adós kötelezve van valamit tenni vagy nem tenni. Itt az alanyokon kívül kettőt kell megkülönböztetni. Van egy parancs, a mely parancsolja, hogy adós tedd ezt vagy ne tedd ezt, és van másodszor az, a mit ez a parancs rendel. Ez a kettő a kötelelem tárgya és tartalma. De hogy melyik a kettő közül a kötelelem tárgya, melyik a tartalma, az csak szóhasználat. A lényeges csak az, hogy a kettőt egymással össze ne keverjük. Ha azt, hogy parancsolva van, a kötelelem tartalmának nevezzük (Inhalt der Obligation), akkor azt, a mi parancsolva van, tárgyának kell mondanunk. (Gegenstand der Obligation.)

Arra a kérdésre, hogy mi a kötelelem tárgya, ötféle felelet van az irodalomban. Némelyek szerint a kötelelem tárgya a kötelezett személye. Ezek tárgynak nevezik azt, a mit mi kötelezett alanynak neveztünk. Mások szerint nem a kötelezett személye tárgya az én kötelmi jogomnak, hanem akarata. Ezt a véleményt hazai íróink közül Sággy képviseli, kit Kajuch is követ (227. o.). Kiindulnak

abból, hogy, ha nekem követelésem van, akkor nekem hatalmam van arra, hogy adósom akaratára pressiót gyakoroljak vagy magam, vagy a bíróság által. Ismét mások azt a dolgot nevezik a kötelem tárgyának, a melyet az adósnak szolgáltatnia kell. Ez is megmagyarázható nyelvhasználat. Ha én szerződöm, hogy B. nekem lovat adjon, akkor én sem B.-t, sem az akaratját nem akarom, hanem akarom a lovat. Csakhogy még sem ajánlatos így határoznunk meg a kötelem tárgyát, mert nem minden obligatióban van dolog. Ha a ballerina kötelme az, hogy tánczoljon, akkor ennek a kötelemnek ily értelemben nem is volna tárgya. A negyedik nézet szerint, hogy a kötelem tárgya nem az adós személye, sem akaratja, hanem vagyona, mert ha ő nem teljesít, akkor az én hatalmam nem az ő személye, sem az ő akaratával szemben nem érvényesíthető, hanem csak az ő vagyonával szemben. Ez Bekker nézete. Az ötödik és általunk is követett szóhasználat az, hogy a kötelemnek tárgya az, a mit a hitelező az adóstól követelhet, tehát az a magatartás, az a tétel vagy nem tétel, melyet az adós tanúsítani tartozik, tehát a facere, illetve non facere. Ilyen facere vagy non facere minden kötelemben előfordul. Ez a facere vagy non facere néha közvetlen célja az obligatióknak, néha csak eszköz egy távolabbi célhoz. Néha ugyanis maga ez a facere (facere alatt a non facere is értendő, a mint a német polgári törvénykönyv mondja: Unter Leisten ist auch das Unterlassen zu verstehen) a célja az obligatióknak pl. az operaénekes éneklési kötelezettsége, itt magát az éneklést akarjuk; néha azonban ez a facere csak eszköz a célhoz, pl. egy dolog átadásának kötelezettsége, itt az átadás csak eszköz a cél, t. i. a dolog birtokának elérésére. De akár célja, akár eszköz ez a facere a kötelemnek, e közt különbséget nem teszünk, mindig ez a kötelem tárgya. Az különben, hogy a kötelem tárgya facere ép úgy lehet, mint non facere, a második főkülönbség a kötelmi és a dologi jogok között. Az első tudvalevőleg az volt, hogy a dologi jogban a kötelezett alany mindenki, holott a kötelelemnél csak egy vagy több bizonyos személy, a második az, hogy míg a kötelem tárgya facere ép úgy lehet, mint non facere, addig a dologi jog mindig non facere, az negatív jog.

A kötelem tárgya, az adós köteles magatartása igen sokféle lehet. Lehet, mint láttuk: tétel vagy abbanhagyás, lehet: tartós vagy mulólagos valami. Egy szoba bérbeadása, az tartós obligatio, mert a bérbeadó állandó facerere, a lakhatás nyújtására van kötelezve, már egy január 1-én lejáró pénzfizetés iránti tartozás csak mulólagos. A non facerere menő obligatio rendszerint tartós magatartás. Lehet a kötelem tárgya egyszerű vagy összetett. Ez gyakran nehéz megkülönböztetés. Egyszerű facere, a mely egy, összetett, a mely több tételből alakul. Egyszerű pl. ha hordárnak azt mondom: ezt vigye haza. De az építészszel kötött szerződés, hogy nekem házat építsen, már összetett kötelem, mert szolgáltatása számos actusból

áll. A nehézség itt abban van, hogy az ilyen összetett szolgáltatásra menő obligatio igen közel fekszik ahhoz, mikor az adósnak több egyszerű szolgáltatást kell teljesítenie, tehát több kötelme van. A különbség practice rendkívül fontos. Pl. A. B.-től csomó árut rendel, B. azonban csak egy részt küld el. Ha mi a B. szállítási kötelezettségét egy kötelemnek vesszük, a melynek csak tárgya összetett t. i. több szolgáltatásból áll, akkor A. ezt a részküldeményt nem köteles elfogadni, mert a hitelező a részteljesítést visszautasíthatja a nélkül, hogy késedelembe esnék. Vagyis A. követelheti, hogy B. az egészet küldje, ha kevesebbet küld, az annyi, mintha semmit sem küldött volna. Ha azonban e a csomó árú elküldésének elvállalását nem egy összetett, hanem annyi külön obligationnak vesszük, a hányféle árú van megrendelve, akkor A. a küldött néhány árut köteles elfogadni, mert ez már nem részteljesítés, hanem minden árú elküldése külön teljesítés, mely külön bírálendő el. Ez rendkívül gyakran fordul elő a practicus életben, és az egész kérdés gyakran csak egy kifejezésen múlik. Ha B. kötelezi magát A.-nak, hogy szolgáltatni fogja egy szobájának butorzatát, akkor in dubio azt fogjuk mondani, hogy ez egy, még pedig összetett obligatio. De ha B. ugyanerre úgy kötelezi magát, hogy szállítom az ezen szobában lévő asztalt, székeket stb., akkor már igen kétséges, vajjon egy összetett vagy több egyszerű kötelem-e ez. Ez értelmezési kérdés. Ez a kérdés különben a jog területén sok alkulatban ismétlődik. Nehéz megkülönböztetni a többet a sok részből álló egységtől. Így a büntetőjogban a vádlottra nézve nem mindegy hogy cselekményt halmazatnak fogják-e fel, vagy csak részcselekményekből alakult összetett cselekmények. A magánjog terén felmerül a kérdés pl. a tulajdonjognál, vajjon egy összetett dolog-e az, tehát egy tulajdonjog van-e, vagy több egyes dolog-e, és így több a tulajdonjog. Ez a kérdés ott az universitas rerum distantiumnál merül fel.

A kötelem tárgya lehet továbbá vagy úgynevezett certum, vagy incertum. Certumra megy az obligatio, ha kezdettől fogva élesen körül van határolva az, hogy az adós mivel tartozik, ha quid, quale, quantum tekintetében kezdettől fogva tisztán áll. Incertum akkor tárgya az obligationnak, ha az, hogy alperes mit lesz köteles teljesíteni, egyelőre még bizonytalan. Ha B. velem társasági viszonyba lép, akkor egyelőre csak annyi van meghatározva, hogy köteles mindazt tenni, a mi a közös célhoz szükséges. De hogy miben fog ez állani, az csak később derül ki. Megjegyzendő azonban, hogy teljesen határozatlan az obligatio nem lehet, legalább közvetve kell meghatározva lennie.

A forrásokban a kötelem tárgya tekintetében még más felosztás is található, a mely a formularis perrel van bizonyos kapcsolatban. Megkülönböztették ugyanis, hogy az obligatio dare-re, facere-re vagy praestare-re megy-e. Ennek ma már praktikus

fontossága nincs. Ha felperes a *iudex* elé *dare oportere* formulával ment, akkor ezt őt csak bizonyos szolgáltatások bizonyítására hatalmazta fel, másokra nem. Ez ma tiszta historikum, a mi azért is jó, mert ma már nem is tudjuk, hogy mi az a *praestare*? Hogy mi a *dare* és *facere*, azt tudjuk. De ezeknek is szűkebb, tágabb és legtágabb értelmei vannak. A *dare* a szónak legszűkebb értelmében a *ius Quiritium* szerinti tulajdon vagy szolgálat átruházását jelenti. Minden egyéb, a mi nem *dare*, az *facere*. Szélesebb értelemben *dare* már nemcsak a *quiritar* tulajdon és szolgálat átruházása, hanem a *ius gentium* szerintié is. Ennek megfelelően a *facere* értelme szűkül. Legszélesebb értelemben *dare* nemcsak a tulajdon és szolgálatnak átruházása, hanem általában minden elidegenítés, tehát kötelelem átruházása is, birtoknak, birtalatnak kiadása is. A legtágabb értelmű *dare*val szemben áll a legszűkebb jelentésű *facere*. A *praestare* úgy látszik a *faceren*ek egy fajtája. De hogy mi, az vitás. A legelterjedtebb nézet szerint az a szolgáltatásnak nem a micsodájára, hanem okára megy vissza t. i. jelenti a kártérítés céljából való szolgáltatást.

III. Az *obligatio* alanyai és tárgya mellett fontos még az *obligatio tartalma*. Ezt a szót itt oly értelemben használjuk, mint Windscheid és Zsögöd. A gondolatmenet ez. Ha azt kérдем, hogy az adós a hitelezővel szemben mire van kötelezve, akkor az *obligatio* tárgyát kérдем. Ha pedig azt kérдем, hogy az *obligatio* a kötelelem maga miben áll, akkor az *obligatio* tartalmát kérdezem. Az *obligatio* tartalma pedig abban áll, hogy az adósnek valami szolgáltatás meg van parancsolva. Ez a parancs, illetve tilalom (*non faceren*él) az *obligatio* tartalma. Ezt a különbséget különben nemcsak a kötelmi jognál, hanem általában minden jognál megtaláljuk. Minden jog, tehát a dologi jogok is stb. parancs vagy tilalom. Ez a parancs vagy tilalom annak a jognak a tartalma. A mit ez a parancs a kötelezett alanyának rendel, a jog tárgya. Tehát pl. a dologi jognál sem a dolog a jognak a tárgya, hanem az a magatartás, hogy senki ezt a dolgot ne bántsa. A dolog, illetve élvezése csak célja ennek a parancsnak és a parancsolt magatartásnak. És valamint a dolog élvezése a dologi jognál, úgy a cselekmény, a kötelezett magatartás nyújtotta eredmény élvezése a kötelmi jognak a célja. Hartmann, göttingeni tanár az ő kiváló munkájában: *Wesen und Bau der Obligationen* azt mondja, hogy legjobb volna a kötelelem tárgyáról nem beszélni, hanem csak céljáról. Ha mi a kötelmi jogot, mint minden jogot egy bizonyos cél elérésére eszköznek tekintjük, akkor megértjük a római jognak egy nevezetes tüneményét. Az *obligation*nál tudvalevőleg az adós van velem szemben egy bizonyos szolgáltatásra kötelezve. Ha már most nem az adós, hanem más valaki teljesíti azt a szolgáltatást, a mire az adós kötelezve van, akkor bár formalistice az *obligatio* nem teljesítettett, mert az *obligatio* csak adóssal szemben állott fenn, adós mégis szabadul és

az obligatio megszűnik. Ez onnan van, hogy az obligatio nem cél, hanem csak eszköz, eszköz valamely cél elérésére. Ha pedig a cél valamely módon már el van érve, akkor az eszközre már nincs szükség. Ha pl. tizen vannak egy dolog átadására kötelezve, tíz eszköz egy célra, akkor ha az egyik a dolgot átadja, a többi kilencz felszabadul a kötelme alul, mert hiszen a cél már el van érve. Ez a *solidaris obligatio* értelme.

A jog tartalma a parancs, a mint Hartmann mondja: *das Soll*. Ez nemcsak a kötelmi jogoknál van így, hanem minden *subiectiv* jognál. Csakhogy a jogrend parancsa vagyis a kötelem tartalma, kisebb vagy nagyobb kényszerítő erővel bír. A jogrend a maga parancsát hol erősebben, hol gyengébben biztosítja. A jogrend beérheti azzal: te A. tedd ezt, vagy ne tedd ezt, de A.-nak kényére bizza, akar-e engedelmeskedni vagy nem. Ha A. nem engedelmeskedik, jogtalanságot követ ugyan el, de a jogrend ezt a jogtalanságot nem torolja meg. Ez tudvalevőleg a *lex imperfecta*. Ez ismétlődik a kötelmi jog terén. Vannak kötelek, a melyeket a jog csak ilyen *imperfect* erővel ruház fel. Így beszélhetünk *obligatio imperfectáról*, bár nem ez a forrásszerű név. Pl. ha a kártyajátékban valakinek adósa maradok, akkor ez tartozásom, és tévedés azt hinni, hogy én ne volnék köteles ezt megfizetni, csakhogy a jog nem törődik ennek a kötelezettségnek a betartásával. Adósság ugyan, de csak olyan, a melynek kikényszerítésére a jogrend a maga apparatusát nem adja oda. Hogy ez mégis adósság, bizonyítja, hogy, ha megfizetem, nem mondhatom, hogy én ezt az összeget ajándékoztam a másiknak, nem mondhatom, hogy *sine causa* adtam neki. Én kötelezettséget teljesítettem. Ez a kártyaadósság *obligatio*, csakhogy tartalma kisebb kényszerítő erővel van felruházva. Ez *lex imperfecta*, ép úgy, mint pl. az osztrák polgári törvénykönyvnek az az intézkedése, hogy a hitvestársak kötelesek egymást szeretni. Itt a jogrend nem is kényszeríthet, mert csak *compromittálná* a maga apparatusát. Ezzel szemben vannak ismét más részei a kötelmi jognak, a hol az állam a maga kényszerítési apparatusát rendelkezésére bocsátja a hitelezőnek, az állam a parancshoz *sanctiót* fűz. Ez a *sanctio* kisebb vagy nagyobb kellemetlenséggel sújthatja az adóst, fokozatai vannak. A nem teljes *obligatio*val, az *obligatio imperfecta*, vagy a mint gyakrabban nevezik, *obligatio naturalissal* szemben van a teljes *obligatio*, az *obligatio civilis*. Ennél a jogrend a teljesítést nem bizza adós tetszésére, hanem a hitelezőnek fegyvereket ad a teljesítés kikényszerítésére. Ezek közt a legerősebb fegyver: az *actio*. A hitelező a nem teljesítő adóssal szemben keresettel léphet fel, a minek folyamánya azután, hogy az állam az adóst a teljesítésre kényszeríti. Voltaképen, ha végrehajtásra kerül a sor, nem az adós teljesít, ez csak *fictio*, hanem teljesít olyankor a végrehajtó az adós vagyonából. Ez azonban nem baj, mert az *obligatio* célja nem az, hogy az adós teljesít-

sén, hanem az, hogy a hitelező elérje azt, a mit neki az obligatio biztosít.

A legtöbb kötelem actióval van felruházva, a legtöbb kötelem tehát középkori kifejezéssel obligatio vestita, fel van ruházva a cél elérésére szolgáló eszközzel. Más az azután, hogy a jogrend miben látja a kötelem célját. A római jog úgy a kötelemnek, mint általában minden subiectiv jognak a célját rendszerint abban látta, hogy a jogosult fél alany vagyona gyarapodjék. Ezért, ha az adós nem teljesítette a maga bármilyen kötelezettségét, a római jog a célt elértnek látta, ha a hitelező pénzt kapott. Innen van, hogy a római perben minden condemnatio pecuniaria volt. Ma más érdekünk is van. Ha ma a követelésnek van is pénzbeli értéke, nekem még sem elég a pénz. Már a corpus iuris is úgy szól, hogy előbb esetleges fenyegetéssel, pénzbüntetéssel stb. próbálták az adósra pressiót gyakorolni, hogy teljesítse kötelezettségét, adja ki magát a kiadandó dolgot például, és csak ha ez nem használt, érték be a pénzzel. Ma már első sorban naturalis szolgáltatásra megy ki a bírói ítélet. A pénzbeli condemnatio és a mai naturalis condemnatio között mintegy középhelyet foglal el a fentebb vázolt római arbitaria actio (l. 114. o.). Persze a mai naturalis condemnatio sem éri el mindig a naturalis teljesítést és azért a végrehajtás ma is in eventu csak pénzbeli.

Az actio a hitelező legerősebb fegyvere, de nem az egyedüli. Sőt lehet, hogy a hitelező egyáltalán nem is kap actiót, hanem más bíróságilag érvényesíthető eszközt, t. i. exceptiót. Ha én egy ingatlant birtokolok és ráköltök 1000 frtot, akkor, ha az ingatlan tulajdonosa tulajdoni keresettel engem a telek kiadására beperel, én köteles vagyok azt kiadni, de másfelől ő meg az én szükséges és (esetleg) hasznos kiadásaimat köteles megtéríteni, vagyis őt obligatio ex lege terheli. Ez az ő kötelezettsége nem lex imperfecta, mert van sanctiója, csak hogy nem a legerősebb, nekem ugyanis actióm nincsen. Én nem léphetek fel keresettel ő ellene, de ha ő tőlem az ingatlant követeli, én exceptióval léphetek fel, mondván, hogy addig nem adom ki az ingatlant, a míg ki nem fizetsz. Ez tehát középállást foglal el a teljes erejű és az erőtlen obl. között.

IV. Az obligatio általános fogalmából még csak az van hátra, hogy a kötelmi jogot a dologi jogoktól megkülönböztessük, illetve röviden érintsük az erre vonatkozó elméleteket. Mert a mit mondtunk, hogy a különbség a kötelezett alanyok számában és a tárgyban van, nem uralkodó vélemény. E szerint a jellemző különbség másban van, t. i. abban, hogy a dologi jogok nekem élvezetet adnak dolog felett, a kötelmi jogok pedig hatalmat adnak személy felett. Így vagy apró stylaris eltérésekkel beszél az uralkodó tan, és ezt látszólag támogatja a perjogi kifejezés, mely actio in rem és actio in personamról beszél. Ez azonban helytelen nézet. Mert ha pl. 10 esztendeig haszonélvezetem van egy telken, vagy

pedig 10 esztendeig csak haszonbérletem van, vajjon nem a dolog felett ad-e mindkettő élvezetet? Pedig az egyik dologi, a másik meg kötelmi jog. Sőt mi több, mindkettő egészen egyforma élvezetet ad. Másrészt meg az actio in rem, noha in rem-nek hívják, ki ellen fordul? Az alperes személye ellen. Mint kötelezett sohasem állhat velem szemben más, mint csak személy. Egy másik divó felfogás, a melyet Hartmann és Sohm állítanak fel, abban áll, hogy a dologi jog nekem jelen élvezetet ad, egy élvezetet biztosít, a mely már megvan, a kötelmi jog pedig csak a jövőre nézve helyez kilátásba egy élvezetet, a kötelmi jog a jövő felé tendál. Ezt is a fentebbi példával lehet megczáfolni. A haszonbérelő védve van jelen élvezetében is, a jövőre nézve is, de ugyanez áll a haszonélvezőre is.

Megjegyzendő még, hogy a kötelmi jogban tárgyalt jogokon kívül is vannak még relativ jogok. Ilyenek a családjogi relativ jogok. Az apa gyermekével, a férj feleségével szemben és viszont szintén jogilag kötelezve van. Éles határvonalat a kétféle relativ jogok közt húzni alig lehet. Úgy általában mégis annyi áll, hogy míg az obligatio rendszerint mulólagos jog, addig a relativ családi jogok állandóak. Ezzel jár az, a mit Sohm mond, hogy míg a családi jogok bizonyos subordinációval járnak, addig a kötelmi jogoknál a két alany mint egyenrangú fél áll egymással szemben. Különbség van az okban is. Az obligatiók oka rendesen az egoismus, a családi relativ jogoké inkább ethikai alapú. Végül míg a kötelmi jogok közvetve vagy közvetlenül pénzértékre reducálhatók, addig erről a családjogban szó sem lehet.

107. §. A kötelem tárgya.

Itt voltaképen áttekintést kellene nyújtanunk arról, hogy mi minden lehet a kötelem tárgya. Többet azonban, mint már mondtunk, nem lehet mondani, t. i. azt, hogy a kötelem tárgya vagy *facere*, vagy *non facere* (*facere* alatt *dare*t és *praestare*-t is értve). A kötelem tárgyat kimeríteni nem lehet, az oly számtalan, mint az emberi cselekmény maga. Ezért csak negatív határait adhatjuk meg a kötelem tárgyainak. Nem lehet minden a kötelem tárgya. Még pedig nem lehetnek a kötelem tárgyai a következők:

1. Lehetetlen szolgáltatás, olyas, a mit tenni nem lehet. Impossibilium nulla obligatio. Ezt az ésszerűség diktálja, mert hiába parancsolná a jog, hogy pl. in coelum ascendas, a parancs meg volna, de nem követhetné senki. De csak az lehetetlen, a mit senki sem teljesíthet, tehát objective lehetetlen, még pedig lehetetlen az obligatio helyén és idejében, vagyis relative lehetetlen. Az tehát nem elég, hogy csak a kötelezett fél nem teljesítheti, pl. akrobatának vállalkozik, holott nem ért hozzá, de másrészt nem kell a lehetetlenségnek minden időre és helyre szólania. Elég, ha az

obligatio helyén és idejében mindenkinek lehetetlen. Az egyéni képtelenség, a facultas faciendi (dandi) nem jön tekintetbe. Ha valaki olyasra vállalkozott, a mi neki individualiter lehetetlen, a mire ő képtelen, az azért kötelem lesz, és ha nem teljesít, pénzübeli kártérítést kell adnia. Különbözik a kérdés nem olyan egyszerű. Ha a fenti kötelezettséget az akrobata fellépésére úgy fogjuk fel, hogy a cél az, hogy valaki azon a színpadon mint akrobata fellépjen, az erre vállalkozó, bár maga képtelen, lehető obligatiót vállalt, mert más által teljesíthető. De ha a kötelem alapja ennek az egy bizonyos személynek a fellépése, mert pl. közérdeklődés tárgya, teszem, felmentett gyilkos, akkor az ő képtelensége lehetetlenné teszi az obligatiót, mert senkisémet teljesítheti a kötelmet. Oly esetben tehát, a mikor személyes szolgáltatás, nem helyettesíthető szolgáltatás van kikötve, akkor, ha az adós képtelen a teljesítésre, az obl. teljesen lehetetlen. Mommsen egy erről írt könyvében skolasztikus kategóriákat állít fel, különbséget téve abszolút és relatív, subiectiv és obiectiv lehetetlenség közt. A lényeges azonban az, hogy lehetetlen az obligatio akkor, ha a kötelezett szolgáltatást azon a helyen és időben senki sem teljesítheti. Ez a lehetetlenség ismét lehet vagy physikai, vagy jogi. Természetileg lehetetlen az, a mi a physikai törvények szerint lehetetlen, jogi, a mi jogi törvények szerint az. Példa az utóbbira: én nem kötelezhetem magam arra, hogy az anyámat elvegyem feleségül. Az ilyen lehetetlen kötelem semmis és az marad akkor is, ha a szolgáltatás később lehetővé válik. A szolgáltatás lehetősége az obligatio létrejöttének ideje szerint vizsgálendő meg.

2. A kötelem tárgya nem lehet tilos szolgáltatás, akár a jog, akár az erkölcs tiltja. A kettőt meg kell különböztetnünk. Lehet valami erkölcsileg tilos a nélkül, hogy jogilag is az volna. A jog ilyenkor csak kötelezettség vállalását nem engedi meg oly szolgáltatásra, a mely erkölcsileg tilos. A jog pl. nem tiltja meg, hogy az ember hazudjék, ezt csak az erkölcs tiltja. De ha valaki arra kötelezi magát, hogy hazudni fog, akkor a jogrend ezt a kötelmet semmisnek declarálja. (Különbözik igen érdekes kérdés, hogy pl. az embernek a perben szabad-e hazudnia. Tíz évvel ezelőtt még az volt a jelszó: tagadni a mit csak lehet. Ha a mai irány győz, akkor a perjog igen meg fog változni, mert bizonyos hátrányokkal fogjuk sújtani azt, a ki hazudik. A római jog már magas álláspontot mutat, felállítván bizonyos esetekben a szabályt, hogy lis infitiando crescit in dupplum.) A jogilag vagy erkölcsileg tilos szolgáltatásra irányuló obligatio szintén semmis. Ép úgy, mint a jogilag, úgy az erkölcsileg tilos cselekmények sem enumerálhatók. Enumerálás helyett csak a boni moresre lehet utalni, a melyekről különben az áll, hogy plus valent boni mores, quam leges. Az erkölcstelen kötelmek némely csoportjait a következőkben lehet adni:

a) Erkölcstelen az obligatio, mikor maga a szolgáltatás, a

facere vagy pati erkölcstelen. Pl. valaki magát valami nuditásra kötelezi. Ez különben igen dubiosus eset lehet. Teszem, ha egy orpheuménekesnő arra kötelezi magát, hogy tricotban fog fellépni, hivatkozhatik-e ő azután arra, hogy ez a kötelem érvénytelen, mert erkölcstelen. Az angol bíró talán így ítélné, mert modellt állani, meztelenül fellépni, ezt teszi vagy nem teszi az ember, de rá kényszeríteni nem lehet. Erkölcstelen kötelem az a gyakori eset is, hogy a journalista magát valaminek megírására vagy meg nem írására kötelezi, pl. egy részvénytársasággal szemben. Itt az erkölcsteleenség a journalista részéről forog fenn. Menger bécsi tanár erkölcstelennek mondja a dajkaszerződést is, hogy egy anya arra kötelezi magát, hogy gyermekét ott hagyja és idegent szoptasson. Burghardt, a bécsi Burgtheater volt igazgatója irt könyvet „a színészek jogáról”, a melyben a szokásos színésszerződéseket közli, a melyekben a színészek magukat szinte hihetetlen szolgáltatásokra kötelezik. Pedig már maga az, hogy elismerik az igazgató ítélkezési jogát, erkölcstelen pati. Ilyen erkölcstelen pati, tehát érvénytelen obligatio az is, mikor a nő a válóperben arra hivatkozik, hogy férje a házasságtörésbe beleegyezett. Ha bele is egyezett, az érvénytelen.

b) Vannak oly cselekmények, a melyek magukban véve nem erkölcstelenek, azonban az erkölcs tiltja azt, hogy ezekre a magukban véve nem erkölcstelen cselekményekre magunkat kötelezzük. Az erkölcsteleenség itt abban áll, hogy kötelmet vállalunk olyan cselekmény tekintetében, melyet — erkölcsi felfogásunk szerint — csak szabad akarat kifolyásaként szabad véghezvinnünk. Például: Nőstülni nem erkölcstelen, de egy harmadik személylyel szemben magát kötelezni arra, hogy ezt a nőt el fogom venni, erkölcstelen. Ilyen továbbá, ha árverésre való részt nem vételre, bizonyos egyletbe való be nem lépésre vagy leendőlépésre kötelezem magam. Erkölcstelen elkötelezés az a gyakori kikötés is, hogy pl. egy megkötött szerződést egyik fél sem fogja tévedés czímén megtámadni. Ilyen volna az is, ha valaki magát a bajusza levételére, vagy egy professor előadásának meg nem hallgatására kötelezné magát. Nem tekintjük ma erkölcstelennek, ha az üzletbe lépő inas arra kötelezi magát, hogy felszabadulása idején abban a helységben hasonló üzletet két-három esztendeig nem fog nyitni, de már annak vesszük, ha arra kötelezi magát, hogy soha sem fogja azt tenni.

c) Lothmar, a ki „Der unmoralische Vertrag” czimű könyvében állítja fel ezeket a kategóriákat, még egy harmadik csoportot is említ. Vannak cselekmények, a melyek magukban véve nem erkölcstelenek, de azokká lesznek az által, hogy én magamat ellen-szolgáltatás fejében kötelezem megtételükre. Itt persze a nézetek az idők folyamán változnak. A római jog szerint a tanításért honoráriumot kikötni erkölcstelen volt (elfogadni persze szabad volt, csak kötelezni nem), ma meg ellenkezőleg az a vagyon tekintetik megbélyegzőnek, a mely nem munkából ered. Sabinusról mesélik, hogy

ő volt az első híres professor, a ki pénzért tanított, és neki is csak azért bocsátották meg, mert szegény volt. Más példa: Nálunk természetesnek találják, ha az ügyvéd előre megállapított költség ellenében vállalja a pert, Angliában erkölcstelennek tekintik, ha a barrister tenné ezt. (Ezért ezek nem kötik ki, hanem mindjárt le is tétetik a pénzt.) Ugyanebbe a csoportba tartozik, hogy erkölcstelen minden, a mi a szerelembe vág, pénz ellenében. Ilyen továbbá jó cselekménynek pénzért való kikötése, tanunak megfizetése azért, hogy az igazat vallja. Igen vitás a házasságközvetítés díj kikötése mellett. Némelyek szerint ez teljes obligatio, mások szerint be nem perelhető ugyan, de kifizetés esetén soluti repetitio nincsen; de talán leghelyesebb ezt erkölcstelennek minősíteni.

Ezek körülbelül az erkölcsileg tilos cselekmények kategóriái. Sokan nem erkölcsileg tilos, hanem erkölcsileg „lehetetlen” cselekményekről beszélnek, ez azonban csak frázis. Megjegyzendő még, hogy a fél a teljesítés erkölcstelen voltára csak akkor hivatkozhatik, ha az erkölcstelenség nem az ő részén van. Ilyenkor, ha már teljesített is, condictio ob turpem causam a teljesítés tárgyát visszakövetelheti. Ha azonban mindkét fél terheli erkölcstelenség, a jogrend egyiknek sem segít, mert a jog eszközei a tisztességes emberek számára alkotvák.

Az obligatio tárgyának lehetetlenségétől és tilosságától meg kell különböztetnünk azt, ha az erkölcstelenség, a lehetetlenség nem in obligatione, hanem in condicione van. En pl. nem kötelezem magam 1000 frtért házasságközvetítésre, hanem ön kötelezi magát 1000 frtot adni, ha a házasságot közvetítem. Ez is érvénytelen, mert a condiciónak sem szabad lehetetlen, illetve tilosnak lennie. Ha a feltétel lehetetlen vagy tilos, akkor az egész ügylet érvénytelen. Hasonlóan, ha kétoldalú obligatió nál az egyik kötelezés érvénytelen, az egész is az.

3. Igen vitás az a tétel, hogy nem lehet az obligatió nak tárgya az oly szolgáltatás, a melyben a hitelezőnek pénzben kifejezhető érdeke nincsen. Cosacknál a példa az, hogy az egyik testvér igéri a másiknak, hogy mert nagyon sokat dolgozik és szivarozik, ezentúl nem fog szivarozni és naponként két óráig sétálni fog. Ezt Cosack érvényes obligatió nak tartja, a mi annyit tesz, hogy ha mégis szivarozik és nem sétál, beperelheti és el fogják marasztalni. Endemann az ellenkezőjét állítja. Maga a német polgári törvénykönyv nyitva hagyja az obligatio pénzérdekű voltának kérdését, a mely a pandektákban is nyitva áll. Voltaképen azonban a kérdés maga helytelenül van feltéve. Nem az az első kérdés, vajjon a szolgáltatás, a melyre magamat köteleztem, pénzben kifejezhető-e, hanem az: akartam-e magamat általában jogilag kötelezni. A fenti példában világos, hogy a fivér magát egyáltalában nem is akarta kötelezni. Ha én valakinek szavamra ígérem, hogy a koncertjére elmegyek, bár neki esetleg ebben pénzbeli érdeke van, mégsem jön létre

obligatio, mert én magamat jogilag, t. i. beperelhetőleg egyáltalában nem akartam kötelezni. Ily módon a mi kérdésünk arra redukálódik, hogy oly esetben, mikor kétségtelen, hogy A. igenis jogilag akarta magát kötelezni B.-vel szemben egy olyan szolgáltatásra, a mely pénzüddel nem bír, vajjon akkor támad-e obligatio vagy sem? A legelső érv, a mit a mellett hoznak fel, hogy az obligationalis szolgáltatásnak vagyoni értékkel kell birnia az, hogy a kötelmi jog a vagyonjognak része. Csakhogy ez nimium, probat, túlságosan sokat bizonyít, mert e szerint tulajdonjog vagy más jog sem volna lehetséges oly valamin, a minek pénzüddeli értéke nincsen. Már pedig tulajdonjogom lehet oly papíron, a melyet még a sajtos sem vesz meg. Ez az érv tehát nem mond semmit. Maguk a források a kérdést el nem döntik. Két hely az, a melyet a mellett fel szoktak hozni, hogy obligatio pénzüddel nélkül is lehetséges. Az egyik hely (l. 6. §. 1. D. XVIII. 7.) esete az, hogy eladom a rabszolgámat azzal a feltétellel, hogy a vevő azt ne üthesse. Ha ő mégis üti, perelhetem-e a vevőt? Erre mondja Papinianus: Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promississet: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. (Azelőtt azon nézetem voltam, hogy az eladó a rabszolgára rótt büntetés miatt csak akkor perelhet az adás-vétel alapján, ha neki ebben pénzüddeli érdeke van, pl. kötbérrel erre magát más valaki irányában lekötölte, hiszen máskülönben tisztességes emberről fel se lehet tételezni, hogy azt higgye, hogy az eladónak valami érdeke van abban, hogy a vevő haragjában indulatának eleget ne tehessen.) Sed (így folytatja tovább) in contrarium me vocat Sabini sententia. (De az ellenkezőjéről győzött meg engem Sabinus nézete.) Ez eddig azt látszik mutatni, hogy tehát sine pecuniae ratione is perelhet az eladó, vagyis megáll az obligatio. Ez azonban tévedés, mert Papinianus úgy emlékszik meg Sabinianusról, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur (a ki úgy dönt, hogy az eladó keresettel azért élhet, mert hátha ezért a rabszolgát olcsóbban adta el). Ez az utóbbi fordulat azt mutatja, hogy Papinianus éppen súlyt vet a pénzüddeli érdekre. Ulpianus (l. 9. §. 2. D. 40. 7.) egyenesen ki is mondja: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. Ezzel szemben áll Papinianusnak egy másik helye (l. 54. pr. D. 17. 1.): Placuit enim prudentioribus infectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam. Érdekes Papinianusnak egy harmadik helye is (l. 7. D. 18. 7.). Ott az eset az, hogy egy szolga azon feltétel alatt adatott el, hogy Italiában ne tartassék, mert ha igen, akkor a stipulation felül kötött megegyezés szerint a vevő kötbért fizessen. Ha már most a rabszolga mégis elhozná Itáliába nem igen áll, hogy az eladó e miatt harag czimén perelhessen. (t. i. mert ő a rabszolgára hara-

gudott, kívánta az exportálást). Csak az esetben fog perelhetni, még pedig utilio actióval, ha a szerződés meg nem tartása miatt másnak ígért kötbérbe esnék. Ebből foly, hogy csak annyira perelhet, a mennyit annak a másnak fizetni köteles. A mit ezenfelül követel, azzal célzt nem fog érni. Ha azonban nem büntetésből való exportálásban egyeztek meg, helyesen fog perelhetni affectionis ratione, azaz nem pénzerdek czimen. És ez a két döntésem, úgy mond Papinianus, nem mond egymásnak ellent, mert az állhat érdekemben, hogy a rabszolgával jól bánjanak, az azonban csak durvaság jele, ha a miatt haragszom, hogy valakit meg nem büntettek. Tehát Papinianus itt tényleg vallja, hogy lehet más komoly érdek is, mint a pénz, de komoly, méltányos érdeknek kell lennie.

A helyes álláspont szerint nemcsak pénzbeli érdek az, a mely az obligatióban szerepel, de viszont az, hogy pénzbeli érdekű a szolgáltatás, még nem teszi az obligatiót érvényessé. Ebből foly, hogy annak, hogy van-e pénzürtéke vagy sem, semmi befolyása sincs az obligatio érvényességére. Másutt keresendő tehát, hogy miféle tartalmúnak kell az érdeknek lennie, hogy az obligatio kötelező legyen. A válasz relativ: a jog nem adja magát oda minden caprice-nak szeszélynek biztosítására, hanem csak olyan érdekek szolgálata-tába áll, a melyek ²⁾védelemre szorulnak és védelemre érdemesek. Ez pedig az idők változása szerint változó valami. Ma, ha iszákos ember szerződést köt egy másikkal, hogy nem fog többé inni, azt a bíró még nem ismeri el. Ha azonban az iszákosság általános társadalmi bajjá nőné ki magát, úgy hogy állami reactio szükségessé lesz, akkor a iudicatura eleinte akadozva, később öntudatosan elismerné érvényes obligationak az ilyen szerződést. Épen ezért, mikor kétséges, vajjon a bíró az obligatiót érvényesnek fogja-e elismerni, a felek kötbért kötnek ki, és így a kétes szolgáltatás nem in obligatione, hanem in condicione van, a hol a bíró kénytelen elismerni. Persze ha a szolgáltatás erkölcstelen, hiába vesszük in condicionem kötbért kötve ki, mert erkölcstelen condicio az egész ügyletet semmissé teszi, *ergo, si in condicione inordinata sit, non in obligatione*.

4. Ne legyen a szolgáltatás teljesen határozatlan. Erről bővebben a következő szakaszban.

108. §. A kötelem fajai tárgyak szerint.

Tárgy szerint megkülönböztetünk határozott és határozatlan tárgyú obligatiót. A római jogban is találkozunk azzal a megkülönböztetéssel, hogy van certi és incerti obligatio. Ez azonban nem esik össze a mi osztályozásunkkal, mert ott mást, valami tisztán mechanikait jelent. Obligatio certi, a melynek certi actio felel meg, a hol ugyanis az ember már kezdettől fogva megmondhatta azt, hogy annak idején a condemnatio mire, mennyire és minőre (quid, quale, quantum) fog szólni. Ha A. B.-nek stipulatióban 100 frtot

igért, akkor bizonyos volt, hogy B. csak 100 frtot fog követelhetni, se többet, se kevesebbet. De ha A. B.-tól vett egy lovat 100 frtéért, akkor ez nem obl. certi (holott ma határozott), mert a teljesítésig közbe jöhet még mindenféle, úgy hogy esetleg nem 100 frtot, hanem többet vagy kevesebbet fog követelhetni. Nem így különböztettünk ma. Ma határozott obligatio akkor van, a mikor az obligatio tárgya, a szolgáltatás elegendő határozottsággal van körülírva, úgy hogy tudjuk ab initio, mire köteles A. B.-vel szemben, de ez nem zárja ki azt, hogy az obligatio tárgya később változni fog. Ezzel szemben határozatlan ma az obligatio, ha kezdetől fogva az, hogy mit követelhet a hitelező majd annak idején normalis lefolyás mellett, nincs teljes határozottsággal, hanem csak kisebb-nagyobb latitude-del van meghatározva. Ez a határozatlanság lehet kisebb nagyobb fokú, de teljesen határozatlan nem lehet, mert különben nincs obligatio. Megjegyzendő különben, hogy néha csak a kifejezés, a melylyel az obligatiót vállaljuk, határozatlan, maga az akaratunk nem az. Ilyenkor nincs határozatlan obligatio, csak értelmezni kell a kifejezést. Lehetséges ezzel szemben, hogy a felek világosan beszélnek, semminemű értelmezésre nincs szükség, de a felek szándékosan nyitva hagyják a szerződésnek egy pontját. Ha arra kötelezem magam, hogy a portékaért annyit fogok fizetni, a mennyit az öcsém fizetett, akkor itt csak a kifejezés határozatlan, de maga a teljesítendő szolgáltatás határozott. Már ha úgy egyezünk meg, hogy annyit fogok fizetni, a mennyit egy bonus vir meg fog állapítani, itt már a fizetendő összeg is határozatlan, de később határozottá fog válni. Lehetséges, hogy az így határozatlanul megállapított obligatio sohasem fog határozottá válni, a mikor is az obligatio semmissé lesz. Így pl. ha megegyezünk, hogy annyit fogok fizetni, a mennyit A. mondani fog. Ha most A. nem akar nyilatkozni és mi ő reá nem mint bárki más által helyettesíthető bonus virre hivatkoztunk, hanem az ő személyére helyeztük a súlyt, akkor az én kötelmem sohasem lesz határozott, és így az obligatio érvénytelen lesz. A mikor tehát egy harmadik személy önkénye az a factor, a mely által az obligatio közvetve van meghatározva, akkor az obligatio csak feltételesen jön létre. Ellenben, ha a harmadik személyre csak, mint a bonum és aequum hirdetőjére hivatkozunk, akkor ha ő megtagadja a szolgáltatás megállapítását, másvalaki, esetleg a bíró fogja meghatározni, mi a bonum et aequum. Néha a szolgáltatás megállapítását nem egy meghatározott harmadikra, hanem a szokásra bizzák a felek. Pl. sietve veszek egy kalapot és az ár megbeszélése nélkül elrohanok. Azt mondják, hogy a vétel létrejön, ha az árú és ár iránt a megegyezés létrejön. Itt az árról nem volt szó, mégis létrejön a vétel, mert meg van határozva közvetve ex aequo et bono, vagyis annyi lesz, a mennyit ott ily kalapért szokás adni. Ha tehát a kalapos túlságos nagy számlát küldene, mehetek a bíróhoz. Itt tehát még a külső faktor sincs megállapítva, a ki a szol-

gáltatást meghatározza. Más kérdés, vajjon megengedhető-e a szolgáltatásnak oly ~~követett~~ meghatározása, hogy a kötelemben álló felek közül az egyik ~~határozza~~ meg? Ez is attól függ, vajjon az illetőnek önkényét értik-e a felek, vagy csak arbitrium boni virire gondoltak-e? Utóbbi eset lehetséges és ilyenkor ha méltánytalant határoz meg, mehetnek a bíróhoz, mert ilyenkor nem ő factor, hanem a méltányosság. Ellenkező esetben a római jog szerint obligatio nem jön létre. Csak három eset van olyan, a melyben csak ugyan az egyik félnek az önkénye határozza meg bizonyos korlátokon belül a szolgáltatás tárgyát. Ez a három eset a fajlagos (generikus), a vagylagos (alternatív) és a helyettesíthető obligatio. Ezek tehát a határozatlan tárgyú obligationnak legnevezetesebb esetei.

I. Generikus obligatio. A. köteles B.-nek szolgáltatni valamit, a mi nincs egyedileg, hanem csak bizonyos minőség által meghatározva, a mikor tehát nem tudom megjelölni úgy a szolgáltatás tárgyát, hogy ezt itt ni. Ha ezt meg tudom tenni, akkor az obligatio specificus, tárgya egyedileg van meghatározva. Tehát, ha A. köteles B.-nek ezt az órát adni, vagy azt az órát, mely bent van az íróasztalon, ezek mind specificus obligatiók, de ha A. köteles egy 100 forint értékű arany órát adni, ez generice meghatározott obligatio. Tágabb értelemben nemcsak darere menő obligatióra, hanem facerere menőre is lehet a genericus-specificus kategóriáit alkalmazni. Pl. Ha egy színész magát Hamlet eljátszására kötelezi, az specifikus obligatio, ha hősszerepek eljátszására, az már generikus. De technikai értelemben csak dologszolgáltatás (dare) esetére alkalmazzuk. Az, hogy a dare tárgya csak generice van meghatározva, az bizonyos viszonyoknál lényeges. Így pl. a mutuummal lényeges, hogy a ki kölcsön kap 100 frtot, az nem ezt, hanem bármilyen 100 o. é. frtot köteles visszaadni. Mert ha ezt a 100 frtot köteles visszaadni, vagyis a szolgáltatás specifice van meghatározva, akkor az már nem mutuum, hanem commodatum. Már az adásvétel adásvétel marad, akár generice, akár specifice van a szolgáltatás meghatározva, akár ezt, akár egy órát veszek meg. Az adásvételnél tehát az, hogy genericus vagy specificus-e, az obligatio természetére, nemére, úgy mint a kölcsönnél, nincs befolyással. Más contractusoknál ez a körülmény, bár a kötelelem nemére nincs is befolyással, mégis minősítő hatással van. A contractus typusa ugyanaz marad, és az által, hogy a szolgáltatás generice van meghatározva, csak némileg módosul. Ha én önnél egy dolgot leteszek a magam érdekében és ön nekem ugyanezt a dolgot köteles visszaadni, az depositum. Ha már most ön nekem nem ugyanezt a dolgot, hanem csak ugyanolyat és ugyanennyit köteles visszaadni, akkor ez már nem specificus, hanem genericus kötelelem, mégis depositum marad, de már nem rendes depositum, hanem depositum irregulare. Én önnek követelése biztosítására egy dolgot átadok, ön nekem ugyanezt köteles visszaadni. Ez a contractus pignoraticius. Ha már most nem ugyanezt, hanem

forep: dare

csak ugyanolyat és ugyanannyit köteles visszaadni, az már *contractus pignoratiticius irregularis*. Ha haszonbérbe adom az ingatlanomat a fundus instructussal együtt azzal, hogy a haszonbér lejártával ön ugyanazt a fundus instructust, ugyanazt az 500 ökröt adja vissza, akkor ez közönséges *locatio conductio rei*. De ha ön csak ugyanilyen 500 ökröt köteles visszaadni, akkor az *locatio conductio rei irregularis*, középkori néven *contractus societas*. Sőt az obligatio genericus vagy specificus volta ~~immobilitas~~ *immobilitas* ~~hatással~~ *hatással* van nemcsak a kötelmi, hanem a többi subiectiv jogok területén is. Így a dologi jogokban beszéltünk *ususfructus*ról és *ususfructus irregularis* vagy *quasi ususfructus*ról. A családjogban megkülönböztetnek *dos aestimata-t taxationis causa* (specifikus) és *dos aestimata-t venditionis causa* (generikus).

Az obligatio generikus vagy specifikus volta nem tévesztendő össze a helyettesíthető vagy nem helyettesíthető dolgok szolgáltatására irányuló obligációval (l. 283. l.). Vannak dolgok, a melyeknél az egyedre szoktuk a súlyt fektetni, pl. versenylovaknál, szobroknál stb. ezek nem helyettesíthető dolgok (*res necfungibiles*), ismét másoknál nem arra szoktunk súlyt fektetni, hogy melyik van meg belőlük, hanem hogy mennyi, ezek a helyettesíthető dolgok (*res fungibiles*). Már most rendesen úgy van, hogy a helyettesíthető dolog generikus, a nem helyettesíthető pedig specifikus obligciónak szokott a tárgya lenni. Innen a kettő összetévesztése. Csakhogy ez csak így szokott lenni, de nem kell így lennie. Lehet a helyettesíthető dolog specifikus obligatio tárgya is, pl. ön köteles nekem ezt az ötöst adni, viszont generikus obligatio tárgya meg nem helyettesíthető dolog lehet, pl. ön köteles nekem egy Munkácsy képet adni.

A generikus obligatio határozatlan tárgyú, vagyis olyan, a melynek tárgya csak közvetve van meghatározva, az t. i., hogy abból a meghatározott nemből melyik egyedet fogja az adós teljesíteni, azt előre nem tudjuk, az csak későbbben határozódik meg. Kérdés, ki határozza meg, hogy mit fog az adós szolgáltatni, a meghatározott 100 frtos arany órák közül melyiket? Más szóval: kit illet a választás joga? In dubio, azaz, ha másképp meg nem állapodtak, az adóst. Ez az elv ily általánosságban veszélyes következményekkel járhat a hitelezőre. A mi kereskedelmi törvényünk ezért helyesen azt mondja, hogy az adós középminőségűt köteles szállítani. A római jog az adós választási jogát nem korlátozza. Ha tehát A. B.-vel megállapodott, hogy ilyen minőségű és természetű dolgot fog szállítani, joga van az e minőségnek megfelelő legsilányabbat is szállítani (l. 72. §. 5. Dig. 46. 3). Mihelyt persze az adós (illetve, ha a felek így egyeztek meg, a hitelező vagy más harmadik) választott, akkor a generikus obligatio specificussá lesz, a mit azzal szoktunk kifejezni, hogy az obligatio a kiválasztott szolgáltatásra koncentrálódik. Már most kérdés, hogy meddig választhat az adós, mely pillanattól fogva lesz kötve egy bizonyos species-

hez. Pl. választ valamit, azután meggondolja magát stb., szóval: hányszor gondolhatja meg magát, hányszor illeti meg a *ius variandi*? A felelet az, hogy az adós az egyedhez addig nincs kötve, addig választhat és változtathat, míg nem teljesített, a teljesítésig, azaz míg meg nem tett mindent, a mi a teljesítéshez szükséges. Inter praesentes tehát a míg át nem adta a dolgot, inter absentes, míg el nem küldötte és a hitelezőt erről nem értesítette. A hitelező tehát, ha adós teljesíteni nem akar, beperelheti őt, de csak generikus szolgáltatásra, az elmarasztalás is egy szürke lóra fog szólni (és nem egy bizonyos szürke lóra) és az adós még mindig maga választhatja, hogy melyik szürke lovat adja; ha még sem választ, a végrehajtás is csak egy szürke lóra történik, úgy hogy a végrehajtásnál is még az adós határozhatja meg a lefoglalandó lovat, de ha még ekkor sem választ, megszűnik a választási joga és átmegy a hitelezőre. Az adós in dubio a teljesítésig választ. Ha a hitelezőt illeti a választási jog, ő azt csak a litis contestatioig gyakorolhatja.

Annak, hogy az obligatio generikus-e vagy specifikus a választáson kívül, főleg a *casus*, a véletlenből származó kár, ú. n. veszély, *periculum* szempontjából van fontossága. (Ez a *periculum* lehet kétféle: *periculum interitus*, a szolgáltatandó dolog elvesz, a szolgáltatás lehetetlenné válik és *periculum deteriorationis*, a dolog rosszabbodik.) A szabály az, hogy a veszélyt a hitelező, a kinek a dolog jár, viseli: *casum sentit is, cui species debetur*. Csakhogy a generikus obligatio tekintetében megint az áll, hogy *genus nunquam perire censetur*. Ha tartozom ezt a szürke lovat szállítani, akkor ha ez tönkremegy az én hibámon kívül, mást nem szállíthatok, és beáll a szolgáltatás lehetetlensége, a mit a hitelező visel, vagyis ő szolgáltatást nem követelhet. Ha azonban nem egy meghatározott lovat, nem ezt a szürke lovat, hanem *egy* szürke lovat tartozom szállítani, akkor ha (a választás előtt) egy, az általam szállíttatni szándékozt, (de még ki nem választott) szürke ló megdöglik, nem mondható, hogy a szolgáltatás lehetetlenült, mert még van sok szürke ló a világon, a mit szállíthatok. A generikus obligationál tehát rendszerint nem állhat be a lehetetlenülés esete. Azt a kárt tehát, hogy a szürke ló megdögölt, nem a hitelező, hanem az adós viseli. De azért ez alól lehet kivétel: *genus nunquam perire censetur*. Ha a faj, a melyből szolgáltatnom kell, kevés egyedből áll (pl. az istállóban álló szürkelovak közül szállíts egyet!), akkor bizony megeshetik, hogy az egész faj kipusztul, és akkor az adós ismét mentesül. Az természetes, hogy a generikus obligationál is a választás után, az obligatio specifikussá válván, a veszélyt a hitelező viseli.

Az obligatio generikus vagy specifikus volta nem függ és ezért élesen elválasztandó a következőktől:

a) Elválasztandó, mint már mondtuk, a dolog *fungibilis* vagy *nec fungibilis* voltától. Az, hogy egy dolog *fungibilis*-e vagy sem, az nem függ a felektől, az obiectiv criterium, a felektől

csak az függ, hogy az obligatio generikus-e, vagy specifikus? A dolog természeténél fogva a fungibilis dolog rendesen generikus obligatio obiectuma lesz, de azért lehetséges, hogy fungibilis dolog specifikus, nec fungibilis pedig generikus kötelem tárgya legyen. Ez utóbbi esetre azt szokták mondani, hogy ilyenkor a nec fungibilis dolog fungibilissé lesz. Ez helytelen, mert a helyettesíthetőség a dologhoz tapadó tulajdonság és nem a felek akaratán múlik.

b) Nem függ össze a fajlagos és egyedi obligatio fogalma azzal sem, hogy az a kör, a melyből a dolgot szolgáltatni kell, nagyobb vagy kisebb kör-e. En vehetek A.-tól könyvet, vehetek magyar könyvet, vehetek magyar jogi könyvet, vehetek magyar római jogi könyvet, magyar római jogi institutio könyvet, a kör mindig szűkül, az obligatio mégis fajlagos marad mindaddig, míg rá nem lehet mutatni, hogy ezt a könyvet veszem.

c) Nem függ össze a fajlagos obligatio fogalma azzal sem, hogy a szállítandó dolgok egyes vagy többes számban adandók-e át. Fajlagos obligatio: adjon egy lovat, egyedi: adja ezt az öt lovat. Szállítandó a maga akó borának a fele, ez szintén generikus obligatio, mert nincs meghatározva, melyik fele. De ha a kötelem úgy szól, hogy ön köteles engem az akó borának felében condominussá fogadni, ez specifikus kötelem, mert minden egyes atomra kiterjed az én felényi condominiumom. Ilyenkor mint láttuk, nem a bor, hanem a jogosultság van megosztva.

d) Nem függ az obligatio generikus vagy specifikus volta attól sem, hogy a szolgáltatandó dolog jelenleg létező-e, vagy csak létesítendő-e, úgynevezett res futura-e? Eladom jövő évi termésemet: specifikus obligatio, ebből a végből levágandó első öt rőföt (szintén res futura, mert most még rőf vászon nincs, csak vég), specifikus obligatio; a végből öt rőföt generikus.

II. Helyettesíthető tárgyú, vagy helyettesíthető obligatio. Értjük ez alatt azt, hogy míg némely obligatio bizonyos személy által teljesítendő, addig más obligatio bárki által teljesíthető. Fajlagosan van meghatározva nem a szolgáltatás tárgya, hanem a teljesítésnek az alanya. Oly obligatió, mely valamely dolog odaadására irányul, rendszerint mindegy, hogy ki adja a dolgot, a fő az, hogy a hitelező megkapja. Az oly obligatio, melynél mindegy, hogy az adós vagy más teljesít-e, helyettesíthető obligatio. Ez a divatos elnevezés, bár nem egészen helyes, mert megtévesztő, ráillik a fungibilis dologra menő obligatióra is, holott ez egészen más. Még talán az az ellenvetés volna emelhető, hogy a helyettesíthető obligatió, a helyettesíthetőség az alanyra vonatkozik, tehát nem tartozik az obligatióknak tárgy szerinti felosztásai közé. Ez azonban nem áll, mert az, hogy ki szolgáltat, hozzátartozik a szolgáltatáshoz tehát az obligatio tárgyához.

III. Vagylagos (alternativ) vagy disiunctiv obligatio. Ezt meg kell különböztetni:

a) *A facultas alternativa*-tól. A köteles nekem szolgáltatni x-et, de ő jogosítva van magát az obligatiótól mentesíteni y-nak a szolgáltatása által. Pl. a szomszédom kutyája valami kárt ~~ett~~ a rétemben, ilyenkor római jog szerint a szomszéd köteles nekem kártérítést adni, de ő jogosítva van ezen obligatióból kiszabadulni az által, hogy ide adja a kutyát (*actio de pauperie*). Ha a szomszédom rabszolgája, gyermeke, felesége okozott kárt, akkor a legrégibb jog szerint ő a kár megtérítése alól a kárttevő kiadásával, ú. n. *noxae datió*val mentesülhet. Más példa: A kereskedő 100 frtos dolgot nekem 300 frtéért ad el, *laesio enormis* (duplájánál többet követelt) czimén ő köteles a dolgot visszavenni, erre én őt beperelhetem. Ő azonban jogosítva van a visszavétel helyett nekem 100 frtot visszafizetni. Ezt az utóbbit tőle nem követelhetem, követelni csak a dolog visszavételét (*in integrum restitutio*) követelhetem. Modern példa a bánatpénz (*arrha poenitentialis*). Az adós valamire kötelezi magát, és tőle csakis ez követelhető, de ő jogosítva van ennek teljesítését valami másnak, rendesen bizonyos összegű pénznek szolgáltatásával megváltani. *Facultas alternativa* tehát az, midőn *in obligatione* bizonyos szolgáltatás van, tehát csak az követelhető, de *in solutione* ezen a szolgáltatáson kívül más is lehet (a mi persze már nem követelhető, de adós azt teljesítheti). Ezzel szemben az alternatív obligatiónál *in obligatione* van több szolgáltatás és *in solutione* van egy.

b) Megkülönböztetendő az alternatív obligatiótól a fent tárgyalt generikus obligatio. Néha a megkülönböztetés nehéz. Pl. szolgáltatandó az ön istállójabeli lovak közül egy. Ha az ön istállójában 100 ló van vagy akár csak kettő is van, ez generikus obligatio. De ha csak két ló van benne, úgy is szólhat az obligatio, hogy vagy az egyik, vagy a másik szolgáltatandó, és ez ekkor már nem generikus obligatio, hanem alternatív specifikus obligatio. A különbség ismét practice fontos. Savigny szerint ugyan ilyenkor alternatív és generikus obligatio közt különbség nincsen. Ez azonban nem az általános nézet és a források sem felelnek meg ennek. A források szerint a különbség a következőben van. „A.” istállójában csak három ló van. Ő nekem egy lovat az ő istállójából hagyományozott. Vegyük azt, hogy a nélkül, hogy ő azt tudta volna, e három ló közül az egyik úgy is az enyém. Ha ez alternatív obligatio, akkor minthogy obligatio oly dologra nem létesülhet, mely már az enyém, ennél fogva arra a lóra, mely már az enyém, az obligatio létre sem jött, és így az obligatio érvényesen vagy az x vagy az y lóra jött volna létre. Ennek következménye megint az, hogy ha ez a ló esetleg később kiszabadul a tulajdonomból, pl. A. elbirtokolja, e miatt az obligatióban semmi változás sem áll be, a teljesítés illetve a választás csak x és y ló közt történhetik. Nem így van a generikus obligatiónál. Ennél az obligatio az egyes lóra csak a választás által jön létre, ha tehát a választásig ő a lovat elbirtokolta, ő z-t is adhatja, bár

az obligatio megkötésénél az még az enyém volt. Persze, ha az istálló-beli három ló közt egy szállítandó, nehéz értelmezési kérdés, vajjon ezt ~~felek~~ alternatív, vagy generikus obligatiónak szánták-e?

c) Meg kell különböztetni az alternatív obligatiót a kötbérrel (*poena conventionalis*) megerősített obligatiótól. Ez utóbbi t. i. abban áll, hogy A. kötelezi magát ezt meg ezt tenni (házat építeni), ha pedig ezt nem tenné meg, akkor ezt és ezt fogja büntetésből teljesíteni. Ő az alapkötelezettséget köteles teljesíteni, én csak ezt követelhetem tőle. A kötbérre ugyancsak köteles (ez a különbség kötbér és bánatpénz közt), de nem mindjárt elejétől fogva, hanem csak feltételesen. Az alapkötelezettség és a kötbér tehát nem egy alternatív obligatio, hanem két simplex (ez az alternatív ellentéte) obligatio, melyek közül azonban a másodiknak az első nem teljesülése a feltétele (*condicio suspensiva negativa*) ~~potestativa~~.

d) Nem tévesztendő össze az alternatív obligatio az egyetemleges, a *correalis obligatio*val sem. A hasonlóság abban van, hogy valamint az alternatív obligatióval egyelőre még nem tudom, hogy mit fogok kapni, úgy a *correalis obligatio*nál nem tudom, hogy kitől fogom kapni, vagy kinek fog járni a szolgáltatás. Az alternatív obligatióval az *obligatio tárgya* van vagylagosan meghatározva (vagy ezt, vagy azt), a *correalitás*nál az alany van így megállapítva (vagy ez vagy az, illetve vagy ennek vagy annak). Ezért a *correalis obligatio*t sokan úgy is nevezik, hogy: *subiective alternatív obligatio*.

Miután az alternatív obligatio fogalmát elválasztottuk a vele könnyen összetéveszthető egyéb alakulatoktól, áttérünk magára az alternatív obligatióra. A tényállás az, hogy A. köteles B.-nek vagy x.-et, vagy y.-t teljesíteni. Bizonyos tehát az, hogy ő köteles szolgáltatni, ez által különbözik a feltételes obligatiótól, bizonytalan, hogy mire köteles. Ezt a források úgy fejezik ki, hogy mind a két tárgy x. és y. in obligatione van. Ez nem egészen praeciz kifejezés, az igaz csak az, hogy csak egy szolgáltatás van kötelezve, csak-hogy a kettő közül melyik lesz az, mely véglegesen mint kötelezett fog jelentkezni, az egyelőre még nem bizonyos. Mind a kettőre nézve áll elő valami lekötöttség, teszem, ha hagyományból ered ez az obligatio, egyik sem idegeníthető el. Ennyiben áll, hogy duo sunt in obligatione. (A vagylagosság nemcsak éppen a szolgáltatás tárgyára vonatkozhatik, hanem szólhat a szolgáltatás idejére, helyére vagy egyéb módoszataira. Voltaképpen ekkor is a szolgáltatás tárgya van alternatív megállapítva, mert Szegeden átadni a lovat, bizonyos tekintetben más szolgáltatás, mint átadni Pesten.) De míg a kötelezés alternatív lehet, a szolgáltatás mindig csak egy lehet. Ezért mielőtt az obligatio a teljesítés stadiumába lép, kell hogy simplexxé alakuljon. Ezt a tényt, hogy az alternatív obligatio simplexxé lesz, *concentratio obligationis*nak nevezzük. Ettől a pillanattól fogva azok a szabályok fognak állani, amelyek minden közönséges obligatióra állanak. Ilyen koncentráló tények:

1. Egyoldalú választás (*electio*), vagy helyesebben kijelölés (*Auswahl*, nem *Wahl*). Ez egyoldalú akaratkijelentés, tehát egyoldalú jogügylet, a mely a másik félhez van irányítva. Mit jelent a választás joga? (A választás nem kötelezettség. Én sohasem követelhetem a másiktól, hogy válassz! Ő jogosítva van rá, és ha nem választ, esetleg joghátrányban fog szenvedni, de azért jogtalanságot nem követett el.) A választás joga in dubio az adóst illeti meg, de a szerződésben, vagy pedig ügyletben, vagy a törvényben kivételesen meg lehet határozva, hogy ne az adós, hanem a hitelező vagy más harmadik válasszon. A hagyományi követelés tekintetében a justinianusi jogban a választás joga nem az adóst, hanem a hagyományost, tehát a hitelezőt illeti. (Justinianus előtt a régi jogban különbséget tettek a *legatum per vindicationem* és a *legatum per damnationem* közt, előbbinél az adós, utóbbinál a hitelező, a hagyományos választhat. A SC. Neronianum óta a különbség kétféle *legatum* közt körülbelül meg van szüntetve, ezért állapította meg Justinianus egységesen a választás jogát.) Ha harmadik van megbízva a választással, akkor az obligatio csak feltételes, ha a harmadik nem választ, az obligatio létre sem jön. Meddig gyakorolhatja a választásra jogosult a maga jogát? Az adós mindvégig választhat, azaz addig, míg a teljesítést önkényt nem perficiálja, vagy ha önkényt nem teljesít és perre kerül a dolog, választhat a peres eljárás utolsó pillanatáig, a végrehajtásig. A hitelező tehát csak alternative perelhet (különben pluspetitióba esik), az ítélet is csak így fog szólni. Ha az adós még sem teljesít, és mennek a színhelyre a végrehajtást foganatosítani, a végrehajtó is még csak x-et vagy y-t követelheti, csak mikor már a végrehajtás az utolsó stádiumba lép, a dolog elvételéhez, csak ekkor van consumálva az adós választási joga és átszáll a hitelezőre. Ha a hitelező választhat, akkor ő sem kényszeríthető a választásra. A végrehajtásig alternative perelhet. Az adós a hitelezőt csak az által kényszerítheti színvallásra, hogy ténylegesen megkínálja a teljesítéssel, ha erre jogosítva van, erre pedig csak az esedékességkor van jogosítva. Ilyenkor az alperes nem köteles őt x-szel és y-nal megkínálni, hanem ilyenkor követelheti a hitelezőtől: tessék választani x. és y. közt. Ha a hitelező ezt nem teszi, tisztán ezzel még mindig nem vesztette el a választási jogot, hanem csak akkor, ha már most az adós x-et vagy y-t tényleg teljesíti, illetve lététbe helyezi. Ha az adós csak tisztán szóval hívja fel a hitelezőt a választásra, ezzel még a választási jogot el nem veszíti. Úgy a hitelező, mint az adós választási joga átörökíthető, hogy a hitelező cedálhatja-e, vitás. Savigny, Dernburg, Vangerow szerint igen.

Ha már most a választásra jogosult valamelyik előbbi stádiumban, a teljesítés előtt választ, ez a választás köti-e őt, helyesebben ezen előbbi választással koncentrálódik-e az obligatio. Ezt némelyek úgy fejezik ki, hogy a választó a választás által elveszti-e

a *ius variandi*? Ez helytelen kifejezés, mert külön *ius variandi* nincs. A helyes kérdés az, koncentráló hatása van-e az előző választásnak? A források álláspontja az, hogy azért, mert az adós, mielőtt teljesített, vagy mielőtt perelték, kijelentette, hogy én szolgáltatni fogom x-et, ez az egyoldalú kijelentés a *ius variandi* nem szünteti meg, a *ius variandi* csak akkor szűnik meg, illetve az alternatív obligatio akkor koncentrálódik, ha a választó fél kijelentését a másik fél elfogadja. Tehát a kijelentésnek, a választásnak csak ajánlat szerepe van és csak szerződés koncentrál. Ennek a szerződésnek neve, ha adós választ: constitutum unius rei, ha a hitelező választ: pactum de non petendo alterius rei. Egyoldalú nyilatkozat által csak akkor koncentrálódik az obligatio, ha az obligationalis szerződés ezt előre kiköti. Fr. 112. pr. Dig. 45. 1. szerint, ha az adós magát úgy kötelezte, hogy teljesíteni fogom azt, quem volo, nem variálhat, egyoldalú választása koncentráló hatású, ellenben ha úgy szól: quem volam, variálhat. A mai jogokban túlnyomó az a nézet, hogy az egyoldalú választás is koncentrálja az obligatiót, mert különben bolonddá tehetné a hitelező az adóst, az adós a hitelezőt. Csakhogy persze ez nem mindig szolgál a másik fél előnyére. Ha az adós értesíti a hitelezőt, hogy ő x-et választotta, akkor ha most x. per casum elvész, az adós mentesülne.

2. Concentráló hatással van a felek közt lévő szerződés. A felek bármikor csinálhatnak alternatív obligatióból simplexet.

3. Concentrál a perfiált teljesítés. Windscheid szerint. ha az adós részteljesítést kínál fel és a hitelező ezt elfogadja, a *ius variandi* nem szűnik meg. Ez ex aequo et bono helytelen döntés.

4. Concentrálódik végül az obligatio az utólagos véletlen lehetetlenülés által. Ha az obligatio x-re vagy y-ra szól és ezek közül a választás előtt lehetetlenné válik x., akkor az obligatio y-ra koncentrálódik. Azonban, ha az adóst illeti a választási jog, ő ez esetben is jogosítva van a lehetetlenné vált x. egyenértékét szolgáltatni, facultas alternativája marad az alternatív obligatióból, kötelezve csak a fenmaradt x-re marad. (A facultas alternativánál ellenben, ha az obligatióban levő szolgáltatás lehetetlenül, semmit sem kell teljesítenie, ha pedig az a szolgáltatás válik lehetetlenné, melylyel a kötelezett szolgáltatást megválthatja, elveszti facultas alternativáját.) Ha nem véletlenségből, hanem az egyik vagy másik félnek hibájából, dolusából válik lehetetlenné a szolgáltatás, meg kell különböztetni, vajjon az adós vagy a hitelező dolusa okozta-e a lehetetlenülést, és hogy kit illet a választás. Mikor adós választhat és az ő hibájából válik az egyik szolgáltatás lehetetlenné, akkor nem szabadul, hanem köteles a fenmaradó másik szolgáltatást teljesíteni. Ha a hitelezőt illeti meg a választás joga, és az adós hibájából lehetetlenül az egyik szolgáltatás, akkor a hitelező választhat a fenmaradt szolgáltatás és a lehetetlenné vált szolgáltatásért járó kártérítés között. Ha a hitelező okozta az egyik lehetetlenülését,

akkor ha az adós választhat, ő választhatja a lehetetlen szolgáltatást, vagyis az obligatióból mentesül. Ha a hitelezőt illeti ilyenkor a választási jog, ő választhatja ugyan a lehető x-et, de a lehetetlenné vált y-ért kártérítéssel tartozik.

A dolog még tovább complicálható, ha t. i. az egyik szolgáltatás egyik-másik fél hibájából, a másik pedig per casum lehetetlenül, vagy még inkább ha az egyik szolgáltatás az egyik, a másik meg a másiknak hibájából válik lehetetlenné.

109. §. A kötelem fajai tárgy szerint (folytatás).

A kötelmek további felosztása: osztható és oszthatatlan kötelmek. Ez a fogalom körülbelül ugyanolyan nézőpontnak felel meg, mint a dolgok oszthatósága. Osztható az a dolog, a melyet ha részekre bontok, akkor minden egyes rész ugyanolyan minőségű, mint az egész dolog, csak quantitative különbözik az egész dologtól és ha a részeket összeadom, annyi van a kezemben, mint az osztás előtt. Nem osztható dolog az óra, mert ha azt részekre bontom, nem órák lesznek a kezemben. Ennek megfelelően a kötelmi szolgáltatás akkor osztható, ha a szolgáltatásnak egy része minőségileg éppen olyan, mint az egész szolgáltatás, és ha a részszerzéseket összeadom, ugyanannyi lesz a vagyonomban, mintha az egész volna meg. Ha B. A.-val szemben 10 q búza szállítására köteles, akkor ötször 2 q-nak a szállítása összevéve éppen olyan vagyoni értékű, mint a 10 q-nak a szállítása. Nem osztható pl. képnek megfestése. A kép tizedrészének megfestése nem elégíti ki mennyiségileg az érdek $\frac{1}{10}$ részét, annak semelyik része sincs kielégítve. Az osztható kötelmet meg kell különböztetni:

a) Az úgynevezett összetett kötelemtől. Összetett kötelem, melynek tárgya összetett szolgáltatás, pl. ház építése. A hasonlóság az összetett és az osztható obligatiók közt abban van, hogy az előbbieknél is beszélhetünk, a szónak persze nem jogi értelmében, részszerzésekről, t. i. minden egyes szolgáltatás magában is compleálható. Mikor az építész beszerzi a sineket a házhoz, ez magában véve a házépitésnek része. Csakhogy ez nem jogi értelemben vett része az egész szolgáltatásnak, ez minőségileg nem olyan mint a többi rész, nem olyan mint az egész szolgáltatás. Ez az összetett szolgáltatás oszthatatlan szolgáltatás, mert minőségileg nem egyenlő szolgáltatásokból van összetéve. De lehet az összetett szolgáltatás is osztható. Példák: Egyszerű osztható kötelem: 10 q búza átadása; egyszerű oszthatatlan: nóta eléneklése; összetett osztható: 10 q búza szállítása és a hozzávaló zsákok használatának ideiglenes átengedése; összetett oszthatatlan: a házépítés.

b) Úgy az osztható, mint az összetett kötelmet meg kell különböztetni attól az esettől, mikor egy figyeltben több kötelem jön

létre (l. 322. l.). Ez utóbbi esetben egyáltalában részszoolgáltatásokról nem lehet szó, itt minden egyes kötelemnek külön sorsa van. De azért mégis fontossá válik az is, hogy több kötelem jött létre egy ügyletben, mert ha az ügyletet sikerül megtámadnom, az összes obligatio megdől, nem kell minden egyest megtámadnom. Annak gyakorlati hatásáról, hogy a kötelmet egységes, összetett vagy többes egyszerű kötelemnek vesszük, már szóltunk. A kereskedelmi törvény 358. §-a a vételnél azt mondja: ha a teljesítés osztható, a felek egyike a szerződésnek csak azon részére léphet vissza, a mely teljesítve nem lett. Itt a törvény az osztható szót nem használja helyesen, mert itt az egy szerződésbe foglalt több kötelmet érti.

Az osztható kötelem tehát egy, akár egyszerű, akár összetett kötelem, melynél a szolgáltatás oly részekre bontható, melyek minőségileg egyenlők egymással és az egészszel és az érdeket arányos részben kielégítik. Az osztható kötelem hatásait itt összefoglalni nem lehet, a jognak különböző részeiben más-más hatások fűződnek hozzá. Így ha az osztható kötelemben akár kezdettől fogva, akár később többen lépnek be akár a hitelező, akár az adóshoz: nomina sunt ipso iure divisa, vagyis nem egy osztható, hanem több kötelem lesz. Így öröklés esetén. Ha hárman 300 frtot örökölnék, mindegyik csak 100 frtot követelhet. Másik fontos szabály, hogy a hitelező a kötelem felosztását elfogadni nem köteles, tehát részszoolgáltatást nem köteles elfogadni még akkor sem, ha a kötelem osztható. Tehát csak a hitelező engedelmeivel szabad a kötelmet felosztani.

Mert az oszthatósághoz oly fontos következmények fűződnek, kíváncsok volna megállapítani, hogy mely kötelmek oszthatók. Erre azonban abszolút szabály nincs, mert többnyire osztható kötelezettség is in concreto oszthatatlan lehet és viszont. Csak nagy vonásokban áll tehát a következő szabály: A darere menő obligatiók oszthatók, kivételével a szolgálat átadására irányuló obligatiók, mert maga a szolgálat sem osztható. Római felfogás szerint még az oszthatatlan dolog adására irányuló specifikus kötelem is osztható volt, mert t. i. pro parte indivisa ment a felosztás, condominiumot kaptam. Ma ettől a jogok eltérnek. A facere menő obligatiók rendszerint oszthatatlanok, de azért in concreto ezek is oszthatók lehetnek, pl. 10 napi favágás.

Az a szabály, hogy nomina sunt ipso iure divisa csak az osztható kötelmeknél áll, az oszthatatlanoknál nem. Az oszthatatlan kötelemnél meg kell különböztetni, vajjon az adós vagy a hitelező oldalán vannak-e többen. Ha a hitelező oldalán vannak többen, az egyetemlegesség bizonyos faja áll elő. Némelyek egyetemlegességnek mondják is. Ez a kifejezőmód azonban nem helyes. Minden hitelező követelheti az egészet, onnyiben talál a kifejezés. Nem talál azonban annyiban, hogy míg az egyetemlegességnél, ha az egyik hitelező megkapta az egészet, a többi hitelezőtárs semmit sem követelhet az adóstól, addig az

oszthatatlan obligatio esetében a többi hitelező követelése tovább is fenmarad, azok nincsenek kielégítve. Az egyetemleges kötelelemnél az adós, mikor az egyik hitelezőnek az egészet adja, nem ad többet, mint a mi neki jár, az oszthatatlannál kényszerűségből többet ad. Ezért ha az egyik hitelező az egész lovat követeli, az adós viszont cautiót követelhet tőle, hogy a többi hitelező nem fogja tőle újból követelni. Lehet, hogy a concret esetben erre a cautióra szükség nem lesz. Pl. ha valaki hármunk házának tatarozását vállalja magára, akkor ha egyikünk követeli a tatarozást, többet követel ugyan, (oszthatatlan lévén a szolgáltatás, adós köteles az egészet teljesíteni), még sem kell cautiót adnia, mert itt az egésznek a teljesítésével a másik két hitelező is ki van elégítve. A rendes eset, különösen a darere menő obligatióknál azonban az lesz, hogy az adós cautiót fog követelni. Ha pedig az oszthatatlan obligatióban egy a hitelező és több az adós, akkor részszerzés lehetetlen lévén, a hitelező bármelyik adóstól az egészet követelheti, és mihelyt az egyik az egészet adta, a hitelezővel szemben a többi adós is megszabadul. Ez tehát valóságos egyetemleges kötelelem.

110. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

a) A pénzszerzés.

A pénzszerzés a köteleknek leggyakoribb tárgya, még pedig vagy egyedül, vagy részben az. Így a kétoldalú köteleknek, ha mindjárt az egyik szolgáltatás nem is pénz, akkor a másik a legtöbb esetben az, így az adásvételnél, bérletnél stb. És ha eredetileg a kötelelem tárgya nem is pénzszerzés, esetleg az lesz, mert ha az adós az első sorban kötelezett tárgyat nem teljesíti, az a mit rajta végrehajtásilag bevenni lehet, pénz lesz.

Pénz jogi értelemben a jogrend által elfogadott ú. n. törvényes fizetési eszköz, az az, a mit minden adósnak, a ki pénzzel tartozik, fizetnie kell, és a mit minden hitelezőnek, a ki pénzt követel, elfogadnia kell. A pénz fogalma nem a jognak az alkotása, hanem a praktikus életé, a melyet a jogrend csak előtalál és törvényes erővel felruház. A pénz általános csereeszköz, általános értékmérő, a melyet aztán a jog átvesz. Hogy a pénz fogalma hogy fejlődik, hogy a cseregazdaságból mint lesz pénzgazdaság, azt előadni a nemzetgazdaság feladata. Mégis érdekes itt is megemlíteni, hogy hogy írja ezt le Paulus (fr. 1. pr. Dig. 18, 1). Olim, úgymond, non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio

difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaue materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Így lép a csere bizonytalanságának helyébe a pénz biztonsága. Általános csereeszközzé, pénzzé pedig az lesz, a minek akár közvetlenül, akár közvetve mindenki hasznát veheti, és ezért általános értékmérővé is válik. Hogy ez a pénz mi, az aztán a kultúra fokától függ. Eleinte nem a vert pénz viszi a főszerepet, hanem a barom, a gabona, a latin szó pecunia még utal a pecusra, a baromra. Az első római vert pénz érczdarabok voltak, melyeken marhafej volt kiverve. Később e helyett a nemes érczre térnek át, mert ebben kiválólag van meg egy csomó, a pénzhez megkívántató tulajdonság, így általános magas használati értéke van, meglehetősen egyformán ritka, felosztható, tartós, verhető, az egyes darabok egyformák. Ez utóbbi tulajdonság az egyéni tulajdon szempontjából nem nagyon előnyös, de másrészt abszolút biztonságot ad a megszerzése addig, míg a kezemben van, úgy hogy a pénz nem is vindicálható. Ha az én pénzem másnak pénze közé keveredik, a római jog szerint, én elvesztem, és ez a más megnyeri a pénz tulajdonát, az új német polgári tk. szerint condominium keletkezik.

A pénznek háromféle értéke van: fémértéke, névértéke és folyamértéke. Fémérték a fémtartalom értéke, névérték, az az érték, melyet az állam tulajdonít a pénznek, és a mit kényszerfolyammal lát el, folyamérték a piaci érték. Vitás és nehéz kérdés, vajjon pénznek csak azt az eszközt ismerjük-e el, a melyet az állam ezzel a kényszerfolyammal lát el, vagy pénz-e az is, a mit az állam elismerése nélkül használnak. Így beszélnek tényleges pénzről ellenében a jogi vagy állami pénzhez. Savigny, a ki általában a szokást, az életet az állam fölé emelte, csakis a tényleges pénzt ismeri el pénznek, éppen ellenkezőleg Laband. A vita voltaképen kettős élű. Az egyik csak terminológiai kérdés. Hogy pénznek akarjuk-e nevezni a levélbélyegeket, a melyeket az apróbb forgalomban igenis szoktak csereeszközként használni, vagy hogy pénznek akarjuk-e nevezni az osztrák határon az ott közkézen forgó porosz pénzt, ez csak terminológiai kérdés, melyről itt szólni nem érdemes. A fontosabb az, vajjon azok a szabályok, a melyek a pénzre vonatkozólag fennállanak, alkalmazhatók, illetve alkalmazandók-e a levélbélyegekre, az osztrák határon levő porosz pénzre? Erre a kérdésre a felelet az, hogy a tényleges pénz nem pénz. Pénz csak az, a mit az állam annak elismer. Ha darab papirost ismer el annak, az lesz a pénz, sőt Fichtenek: „Der geschlossene Handelsstaat“ című művében bórdarabok viszik a pénz szerepét. Minden esetre ajánlatos, hogy az állam azt tegye pénznek, a mit a forgalom is annak használ, de ha nem is azt teszi meg pénznek, solutio csakis az általa megállapított pénzzel történhetik. A tényleges pénzzel való fizetés nem solutio, hanem csak datio in solutum.

qua species

generis
f. l. v. j. h. m.

A pénz, mint a kötelem tárgya, háromféleképen szerepelhet:

a) Lehet a szolgáltatás tárgya a pénz qua species, pl. valaki köteles ugyanazt az aranyat visszaadni, a mit odaadtam neki, mert teszem valami emlék fűződik hozzá. Itt a pénz nem mint csere-eszköz és értékmérő fungál. Így a tulajdonnak is és általában dologi jogoknak tárgya mindig a meghatározott érem, tehát species. Tulajdonjogom sohasem lehet pénzösszezen, érte ez alatt absztrakt értéket, tulajdonjogom csak testi dolgon lehet. Ezért helytelen az a tulajdoni igényper, a mely azon alapszik, hogy az asz szony tegnap este a férjnek 200 frtot adott, a melyet az a Wertheimkasszába tett, és másnap lefoglalták. A pénznek, qua speciesnek szolgáltatása nem pénzkötelem.

b) Ugyancsak nem pénzkötelem az sem, mikor egy bizonyos pénznem, mint genus szolgáltatandó. Pl. A. kötelezi magát, hogy ő nekem 5 drb. újonnan vert aranyat fog ekkor és ekkor átadni. Ez generikus szolgáltatás, de nem pénzkötelem, mert ha az egész genus megszűnik, pl. ezeket az aranyakat mind bevonják, ez a kötelem megszűnik, holott a pénzkötelem sohasem szűnhetik meg lehetetlenülés miatt.

c) Pénzszolgáltatásról, tehát pénzkövetelésről csak akkor fogunk beszélni, ha a felek intentiója az, hogy bizonyos érték fizetessék, persze az országban kényszerfolyammal bíró mindenkori pénz formájában. Ez is generikus obligatio, de a genus itt nem egy-nemű dolgokból áll, hanem különfélekéből, t. i. az összes az államban pénzképen fungáló dolgokból. Némely ügyletek karakteristikuma éppen az, hogy az egyik szolgáltatás pénzszolgáltatás, pl. az adásvétel éppen abban különbözik a cserétől, hogy az adásvételnél az egyik szolgáltatás pénz. Ha belföldön levő kétféle pénzt cserélünk ki, ú. n. felváltás, az egyszerű csere, már ha külföldi pénzt váltok fel, az adásvétel, mert csak a belföldi pénz, a mire váltok, pénz, a külföldi pénz árú.

A váltótörvény szerint a váltónak mindig bizonyos pénzösszegre kell szólnia. Már most szólhat a Pesten kelt és itt fizetendő váltó 100 drb. frankról is. Ez is váltó, bár a frank Pesten nem pénz. Ez azonban úgy értendő, hogy a 100 franknak napi árfolyama fizetendő magyar pénzben, sőt ha ott is van, hogy a 100 frank effektive fizetendő, akkor, ha az esedékesség napján frank absolute már nem volna, ez a váltó in eventum még mindig fizetendő használatban lévő pénzzel. De ha a felek intentiója az volna, hogy csak a frank fizetendő, és ha az nem volna, semmi sem fizetendő, ez már nem váltó, mert nem pénzről szól. In dubio azonban, ha valaki magát idegen pénz szolgáltatására kötelezi, azt kell mondani, hogy in eventum pénzt kell szolgáltatnia.

Fontos hatása van a pénzkötelemnek a szolgáltatás helye és ideje tekintetében. Erről a megfelelő szakaszokban fogunk szólni.

111. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

b) A kártérítés.

Jhering Rudolf szerint ez a civiljognak a legnehezebb fejezete. De ha elhagyjuk mindazt, a mi eredményre úgy sem vezet, akkor a kérdés nehézsége elenyészik. Kártérítésre menő kötelmekről akkor beszélünk, a mikor az adós azt az értéket köteles a hitelezőnek megtéríteni, a mely érték a hitelezőnek vagyonában meg volna, ha bizonyos káros esemény be nem következett volna. Kár az a differentia, a mely a vagyonban constatálható, ha az illetőnek jelen vagyoni állapotát összehasonlítjuk azzal a vagyoni állapottal, a mely meg lett volna, ha a káros esemény be nem következett volna, tehát az a különbség, a mely egy képzelt vagyoni állapot között, melynek de iure be kellett volna következnie, és azon állapot között áll fenn, mely de facto beállt. Ennek a vagyoni differentiának a helyreállítása a kártérítés. A kár fogalma feltételez ikárosító eseményt, mint okot, vagyoni differentiát, mint okozatot, és vagyont, a melyre nézve előállhat. Nem tartozik ellenben a kár fogalmához valamely dolog sérelme, a kár előállhat a nélkül, hogy a nemzeti vagyon in rerum natura kisebbednék, elég az is, ha vagyonsere áll be. Ad legem Aquiliam titulusban van ez az eset: ha én valakinek kalitkájából kieresztem a madarat, én dolgot nem pusztítottam, de erre a bizonyos emberre nézve, ennek a vagyonában beállt egy differentia, hégag. Ellenben, ha én valakinek drága emlékét, teszem leveleit elégetem, ez dologsértés, de azért kár még sincs, mert a vagyoni helyzet nem változott. Máskor a vagyoni helyzet igen csekélyet változik, noha az illető más, pl. ethikai érdekében nagyon meg lehet sértve.

A kártérítés fejezetében csak a vagyonban szenvedett kárnak a megtérítéséről szólnak. Ennek constatálásánál egyrészt az objective megmérhető kár jön tekintetbe, másrészt, hogy A. vagyonában milyen differentia állott be (subiectiv elem). Mindig azt kell kérdeznem, hogy ha bárki volna a károsult helyében, ez a bárki, ez a bonus vir milyen kárt szenvedett volna, — nem azt, hogy A. meny-nyiért nem adta volna, hogy ezt a kárt szenvedje. Nem az A. becslése a mérvadó, hanem egy az ő helyébe képzelt (ennyiben subiectiv) átlagos embernek (ennyiben obiectiv) a becslése. Az így megbecsült differentiát nevezzük az A. érdekének interesséjének, utilitásának, causa reinek, néha röviden damnumnak. Ez az érdek, ez az interesse, mást jelent mint a dolog értéke. Értékük a dolgoknak kétféle van: obiectiv és subiectiv értékük. Obiectiv érték az a jelentőség, a melyet a forgalomban mindenki tulajdonít annak a dolognak, ez római jogi nyelven: *verum rei pretium* vagy *vera rei aestimatio*. Ezzel szemben subiectiv érték az a jelentőség, melyet az

egyes tulajdonít neki, ez a *pretium affectionis*. Ez lehet kisebb vagy nagyobb a tárgyi értéknél. Pl. lovam értéke a forgalomban 100 frt, ez a verum pretium; én a lovat annyira szeretem, hogy még 2000 forintért is nehezen tudnék tőle megválni, vagy mert ledobott, 20 forintért is odaadnám, ez a *pretium affectionis*. A kártérítésnél azonban sem az objectiv, sem a subiectiv érték nem jön tekintetbe, hanem a kettő között valami közbűlső. Nem azt nézzük, hogy mindenki milyen értéket tulajdonít a dolognak, sem azt, hogy az illető kárt szenvedett mire becsülte, hanem, hogy ha bárki a károsult helyében lett volna, mennyire becsülte volna. Ezt az általunk interessenek nevezett érdeket, sokan a rendes értékkel, *pretium commune*-val szemben *pretium singulare*-nak nevezik. Ez esetleg nagyobb a tisztán objectiv értéknél, a *pretium verum rei*-nél, és ilyenkor a scholastikusok dogmatikája megkülönböztet *damnum circa rem*-et (a ló objectiv 100 frt értéke) és *damnum extra rem*-et (az azonfelül megállapított kár).

Az érdek, a melynek megtérítéséről szó van, lehet *damnum emergens* vagy *lucrum cessans*. Ez utóbbit negatív kárnak is nevezik. *Damnum emergens*, ha a vagyonomból oly érték esik ki, a mely már benne volt, *lucrum cessans*, ha oly értéktől eszem el, mely még ugyan meg nem volt, de a melyre én bizton számíthattam. A *damnum emergens* jelen haszonnak, a *lucrum cessans* jövő haszonnak elvesztése. Ez azonban nem egészen talál. Mert ha azt kérdelem, hogy én a dolgot mért becsülöm 1000 frtra, a válasz az, hogy a dolognak a jövőben való használhatósága nyújtja ezt az érdeket. Úgy hogy azt lehetne mondani, hogy minden esetben voltaképen a jövő haszontól esik el az ember. Megölik a nő férjét, a nő el-esik az alimentatiótól. Mi ez? *damnum emergens*-e, vagy *lucrum cessans*? Inkább *damnum emergens*, noha voltaképpen az, a mit az asszony felszámít, jövőbeli haszon. Ezért nagyon jó, hogy ez a különbség jogilag nem is relevans. Mert a szabály az, hogy a kinek a kárt meg kell térítenie, annak meg kell téríteni mind a kettőt, úgy a *damnum emergens*-t, mint a *lucrum cessans*-t, mert mind a kettőnél vagyoni differentia van. Ellenben nem kell megtevésztetni a *pretium affectionis*-t, a mikor pl. differentia nincs, de én ezt nem adtam volna ennyiért és ennyiért.

Nagy haladást jelez a római álláspont, mely a kár megbecsülésénél szabályszerinti mértékül az interestet állítja fel. A primitiv jogokban nem az interesse a mérték, hanem mechanikailag kezelhető fix skála. Az európai jogtörténet egy csomó ilyen skálát mutat, testi sértéseknél, vérdíjnál. A római primitiv jogban is a verum pretium kétszerese, négyszerese volt a skála, sőt fix skála van a lex Aquilia szerint is. Ennél a mérték azon legnagyobb verum pretium, a melylyel a rongált dolog az utolsó évben, illetve az utolsó 30 nap alatt birt. Ez a fix skála nem változott, akárki vagyonában volt is a dolog, holott világos, hogy ugyanaz a dolog

másnak a vagyonában más érdeknek felelt meg. Ennek subiectiv criteriumnak a figyelembevétele a kártérítés tanának végső kifejlődése. Megjegyzendő, hogy a corpus iurisban a régibb írónál ez a kifejezés: *quanti ea res est*, hol a *verum rei pretium*ot, hol az érdeket jelenti és ezért a forrásokat kellő óvatossággal kell olvasni.

Ma és a justinianusi jogban a szabály az, hogy ha B. A. irányában kártérítéssel tartozik, akkor per regulam, ha csak más ki nem mondatik, az egész érdeket tartozik megtéríteni. Vannak kivételes esetek, hol nem az egész érdeket kell megtérítenie, hanem annál kevesebbet (többet nem lehet követelni). Ide tartozik a noxa, az *actio de pauperie*, *operis novi nuntiatio*. Ha fiam, rabszolgám, feleségem, barmom kárt okoz, a kárt meg kell térítenem, de ha az illető kártokozót átengedem, ez által menekülök. A *facultas alternativa* könnyít rajtam. De azért nem lehet azt mondani, hogy az érdektérítési kötelezettség korlátolva volna. Ellenben anyagi korlátozása van a felelősségnek az úgynevezett gazdagodási kereseteknél. Ezek oly esetek, mikor B. nekem nem az egész káromat, egész érdekemet köteles megtéríteni, hanem csak azon összeg erejéig, a melylyel ő jelenleg az esetből kifolyólag gazdagodva van, illetve ha ez megint magasabb az én káromnál, ő csak a károm megtérítésére köteles. Ő tehát azt a legmagasabb összeget köteles megtéríteni, a melyben még az én károm és az ő jelenleg még meglevő (nem az esetből kapott, hanem még meglevő) gazdagodása egymást fedik, a mennyivel az egyik a másiknál túlmegy, azt nem köteles megtéríteni. A gazdagodás megtérítése tehát korlátolt faja a kártérítésnek.

Vannak, a kik azt a szabályt, hogy az egész interesse megtérítendő, modifikálják, mondván, hogy meg kell különböztetni a károsító ténynek az okait, mennyiben esik a károsító tény a másik fél terhére. Megkülönböztetik tehát, hogy *culpa* vagy *dolus* alapján történt-e a károsítás. Teljes interesse akkor térítendő meg e szerint, ha *dolus* folytán jött létre a kár, ha ellenben csak *culpa*, sőt csak *culpa levis* mutatható ki, kevesebb térítendő meg. Ez nem a fejlett justinianusi jognak az álláspontja, és nem az az új német polgári törvénykönyvnek sem. Már az osztrák polgári törvénykönyv tényleg így intézkedik. Az egész kárnak (*ausserordentlicher Werth*) megtérítését csak *culpa lata* és *dolus* esetében rendeli, különben csak *ordentlicher Werth*, *verum pretium*, térítendő meg. Annyi igaz, hogy a justinianusi jog elvének alkalmazása a praxisban néha túrhetetlen eredményekre vezet. Az egész kár, a melyet valaki szenved, néha a károknak végtelen láncolata, a melyek egy oly cselekmény által idéztetnek elő, a melynek beszámíthatósága arányban nem áll a kárral, a melynek a megtérítését ez maga után vonja. Hogy én egy vigyázatlan cselekményemért egész vagyonomat kártérítésül adjam oda, az túrhetetlen. Ezért az osztrák polgári törvénykönyv

... az új polgári törvénykönyv.

gazdagodás

Culpa.

egyensúlyba hozza az okot a kártérítési kötelezettséggel. A modern írók is keresnek correctivumokat, de ezeknek construálásában nem tudnak megegyezni. Windscheid szerint: *nimia luxuria* nem térítendő meg. Szerinte tehát, ha én ügyetlen mozdulattal sok ezer forintot érő porcellánt törtem össze, ezt nem kell megtérítenem. Ez valóságos visszavétele volna az előlegesen felállított elvnek, hogy nem az értéket, hanem az érdeket kell megtéríteni. Helyesebbek a következő restrictiók: Az első voltaképen nem is restrictió. Ha A. ugyanazon esemény folytán, mely őt megkárosította, hasznót is kapott, akkor a differentia ezzel a haszonnal kisebb lesz. Ez az úgynevezett *compensatio damni cum lucro* voltaképen nem restrictio, nem a kártérítés restrictiója, mert hiszen maga a kár kisebb. Maga a kifejezés is tehát rossz, mert *damnum* és *lucrum* csak végeredményben van és akkor is csak az egyik van, compensatióról tehát nem lehet szó. Nem restrictio továbbá az úgynevezett *compensatio culparum* sem. Káromat az tartozik megtéríteni, a ki okozta, de ha a kárt nem ő egyedül, hanem velem együtt okozta, akkor a római jog szerint ő mentesül egészen (tehát nem restrictiója, hanem megszüntetése a kártérítési kötelelemnek). A modern jogok ily esetben különféleképen járnak el. Nálunk ilyenkor osztás áll be. Igazi és helyes korlátozása azonban a kártérítési kötelelemnek az, melyet Mommsen állít fel „zur Lehre vom Interesse“ című művében, hogy csak azt az érdeket tartozunk megtéríteni, melyet egy átlagos figyelmességű ember ebben a helyzetben előre láthat, ut *providere potest*. Ha az okozott kár oly nagy, hogy a károkozó a kár mérvét előre nem láthatta, nem lesz felelős.

112. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

c) A kamatszolgáltatás.

Kamatnak azt az ellenszolgáltatást nevezzük, a melyet más tőkéjének használatáért adunk, illetve az ellenkező szempontból: az az ellenszolgáltatás, a mit valaki azért kap, hogy tőkéjét bizonyos időn keresztül nélkülözni kénytelen. Valamely dolog használatáért járó ellenszolgáltatás nemcsak kamat, hanem bér, haszonbér is lehet. Kamat csak az az ellenszolgáltatás, mely bizonyos mennyiségű helyettesíthető dolognak a használatáért ugyanilyen helyettesíthető dolgokban, még pedig a használati idő arányában és a használatra adott helyettesítő dolgoknak bizonyos hányadában kifejezve jár. Nemzetgazdasági értelemben minden jószág, a mely új gazdasági értéket produkál, tőke. Jogi értelemben a tőke egészen más. Tőke jogi értelemben a helyettesíthető dolgok bizonyos mennyisége, melynek használatáért nekünk ugyanilyen helyettesíthető dolgokat adnak használati egyenértékül. Ez a használati egyenérték a kamat *fructus civilis*, a mely mindig tőkehányad. A mit tőkének és ka-

matnak mondunk, nem absolut fogalmak, ezek csak functiók. Kamat azért, mert használati egyenértékül kaptam, de ha ugyanezt a kamattal adott dolgot ismét használatba adom valakinek ellenszolgáltatás fejében, ez a kamatdolog tőkévé lesz. Az tehát a dolognak nem benrejlő tulajdonsága, hogy tőke vagy kamat-e, az csak functio. Hogy helyettesíthető dolog, az absolut fogalom, hogy tőke vagy kamat-e, az csak szerepe a dolognak, ép úgy mint az, hogy az ember szülő-e vagy gyermek. A használatra adott helyettesíthető dolgok jelentésébe vett tőkének latin neve *soros* vagy *caput*, ezzel szemben a kamat *usurae* vagy *foenus*. (A *foenus* szónak más jelentése is van; jelenti néha a kölcsönügyletet, pl. *foenus nauticum*.)

A kamat tőkét, t. i. bizonyos mennyiségű helyettesíthető dolgot, tételez fel. A hol tőke nincs, nincs kamat sem. Ha valakinek évi járadékot hagyományozok, akkor bár ez helyettesíthető dolgokban van kifejezve, mégsem kamat, mert nem kaptam semmiféle tőkét használatra, a melyért ez az ellenszolgáltatás járna. Az, hogy a kamat voltaképen valamely tőke használatáért jár, nem egészen talál. Mert ha B. nekem bizonyos összeggel tartozik, de nem fizet, mert nincs meg néki, ő mégis köteles lesz nékem a tőkét a kamatokkal visszaadni, bár használatról nála nincs is szó. Ezért Windscheid úgy definiálja a kamatot, hogy a használat nélkülözéséért adott egyenérték. Csakhogy ezzel még nincs megindokolva, hogy mért kellett kamatot fizetni. Hogy ön kamatot fizessen, még nem elég, hogy én nem használhatom a dolgomat, hanem az is kell, hogy ön legyen ennek oka. Azután még bért is kell fizetni, ha nem is használok a dolgot. Az tehát, hogy néha használat nélkül is fizetünk kamatot, nem teszi szükségessé definíciónk megváltoztatását. A functio a fő: fizettetik a használat átengedéseért. Ennek híján nincs kamat. A házbérkrajczár tehát, bár $\frac{1}{3}\%$ -ekben van kifejezve, nem kamat, mert nem a házbér használatáért, hanem a lakás használatáért jár, a lakás pedig nem tőke. A váltótörvény szerint kötelesek vagyunk fizetni a tőkét, a kamatot és $\frac{1}{3}\%$ váltódíjat. Ez a $\frac{1}{3}\%$ váltódíj nem kamat, mert ez nem használati, hanem pauszál kártérítési díj és mert nincs arányban a használati idővel. Szükséges végül a kamat fogalmához, hogy a tőkének hányada legyen. Épen oly dologban adassék a használati díj, mint a mely dolgokból a tőke áll. Tehát búza használatáért kikötött pénz nem kamat, búza kamatja csak búza lehet.

A kamatszolgáltatás tényalapjai a következők: Főalap a felek jogügylete, még pedig leginkább szerződés, de lehet egyoldalú jogügylet, ígéret, végrendeleti intézkedés is, szóval *jogügyleti kamat*: *usurae voluntariae*. A római jogban ilyen kamatot a tőkekövetelés mellett nem lehetett alaktalan pactummal, hanem csakis külön stipulatióval, *usurarum stipulatio*val, kikötni. Így különösen a legfontosabb ügylet mellett, melynél kamatokat szoktak kikötni, t. i. a kölcsön mellett. Ez összefüggött azzal, hogy a kölcsön obligatio

certi, már pedig a kamat az idővel változván, nem lehet certum. A későbbi törvényhozás már kivételesen megengedi, nem ugyan a pénzkölcsönnél, hanem a gabona- és más dolgok kölcsönzésénél a kamat alaktalan kikötését pactum adiectum formájában. Ma már a kamatot bármely formában ki lehet kötni. Az ügyleteken kívül a főalapjai a kamatszolgáltatásnak egy csomó tényállás, a mit úgy nevezünk, hogy törvényes kamatok. Ezeket nem lehet egy szempont alá fogni, bár egy néven *usurae necessariae*-nek hívják. Nevezik *törvényes kamatnak*: *usurae legitimae*-nek is, de ez nem helyes elnevezés, mert ezzel a törvény által megállapított kamatlábat is jelöljük. Ilyen nem jogügyleti kamat pl. a késedelmi kamat, melyet a késedelmes adós tartozik fizetni, ilyen a perkamat, a mely a per kezdetétől fogva folyik, vagy ilyen pl. hogy a vevő attól a pillanattól kezdve, hogy az árút megkapta, nemcsak a vételárat, hanem kamatot is köteles fizetni. Kamatot tartozik fizetni az is, a ki idegen pénzt a maga javára felhasznál, a keresk. törv. értelmében kamatot tartozik fizetni a kereskedő a másiknak, ki érte kiadást tett, a kiadás pillanatától kezdve. Ugyanezen törvény 284. és 285. §-a is megállapít ilyen törvényes (t. i. nem jogügyleti) kamatot.

A római jogban a kamatok osztályozása még más szempontból is történik. Vannak kamatkövetelések, a melyek mindvégig csak accessoriumai a tőkekövetelésnek, a melyeknek önálló létezésük nincsen, a melyekkel minden tekintetben az a változás történik, a mely a főkövetelésen megy végbe. Ezeket egyedül nem, hanem csak a főköveteléssel együtt lehet engedményezni, csak azzal együtt évülnek el. Ezzel szemben vannak kamatok, a melyek önálló jogügyletek, engedmény stb. tárgyai lehetnek. Jelesül a jogügyleti kamatok önálló kamatok, az ú. n. törvényes kamatok pedig járulékosak. A jogügyleti kamatot tehát a tőkekövetelés nélkül perelhetem, külön engedményezhetem stb. Az önálló kamatokat a források úgy jelölik meg, hogy *in obligatione sunt usurae*, míg az accessoriusokat *non sunt in obligatione*; t. i. nem külön obligatio tárgyai. Különös és helytelen kifejezésmód. A források azt mondják, a törvényes kamatok *officio iudicis praestant*. Ez annyit jelent, hogy ha a bírónak átadatik a formula, a melyben az van, hogy *quid-quid dare, facera oportere ex fide bona*, ebben már benne van a kamatkövetelés is. Külön kamatobligatio nincsen, nem kell, hogy a formulában külön kifejeztessék. Sőt ha a bíró a formula alapján ítéletet hozott a nélkül, hogy a kamatokat is megállapította volna, mert pl. a fél elfelejtette őket *in iudicio* felhozni, akkor a fél ezeket a kamatokat többé nem is perelheti. Nem így van az önálló obligatiójú kamatoknál. Ezek a szabályok a modern jogokban részben acceptálva vannak. Nálunk is a judicaturában áthatolt az az elv, hogy a kamatok per regulam önállóak. De már abban ingadozik a mi bíróságunk, hogy mely esetekben nem érvényesíthetők külön. A német polg. törvényk. szerint minden kamatkövetelés önálló.

Már most akár így, akár úgy keletkezik a kamat, az bizonyos magasságban szolgáltatandó. A kamat ugyanis mindig tőkehányad, t. i. magának a tőkének mennyiségileg arányos és minőségileg egyenlő része. A kamatnak a tőkéhez való mennyiségi viszonya a kamatláb. Beszélünk szerződéses és törvényes kamatlábról, a melyet mi is úgy, mint a rómaiak, százalékokban fejezünk ki. Csakhogy míg mi az évet vesszük időegységül, addig a rómaiak a hónapot vették. A római 1% tehát ma 12%-nek felel meg. Ez az ú. n. centesimae usurae. Semissae usurae havi $\frac{1}{2}$, trientes usurae havi $\frac{1}{3}$ %, vagyis ma 6, illetve 4%, bessae usurae havi $\frac{2}{3}$, ma 8%. Ezt a kamatlábat vagy a törvény állapítja meg, törvény alatt itt jogszabályt, tehát a szokásjogszabályt is értve, és a római jogban, ha valamely jogszabály kamatot szab ki, megállapítja egyzersmind a kamatlábat is, pl. ki idegen pénzt a maga céljaira használ, 12%-et fizet (ez különben a szokásos kamatláb), vagy pedig megállapítják a kamatlábat maguk a felek akár a tőke, akár a külön kamatszerződésben. Ez utóbbira, az ú. n. szerződéses kamatlábra nézve, a római jog nem ismeri el a feltétlen szerződési szabadságot, hanem bizonyos maximumot állapít meg. (Ezt a maximumot is törvényes kamatnak nevezik.) Ezek a kamatmaximum-megállapítások már a 12 táblás törvényben kezdődnek. Ott a maximum a foenus unciarum, azaz a tőkének $\frac{1}{12}$ -ed része, a mi 304 napos esztendőt számítva, Niebuhr szerint ma körülbelül 10% volna. A 12 táblás törvényt követte azután az ú. n. uzsoratorvényhozás, a mely a római törvényhozásnak a legelevenebb része. A Licinius Stolo-féle s más hasonló törvények az adósságokért felhalmozódott kamatokat eltörölték és kimondták a tartozási tőkéknek 3 részletben való törlesztését. 344 felé Kr. e. a törvényes kamat a 12 tábla által meghatározottnak felére redukálódott, a semunciarumra, mintegy 5%-re, sőt egy lex Genucia a kamatvételt teljesen eltörli, úgy látszik, nem nagy foganattal, mert a rómaiak ez előtt is, ez után is nagy uzsorások voltak. Cicero idejéből tudjuk, hogy a 12% a normalkamat, egyetlen kivételével a foenus nauticum-nak, a hajóskölcsönnek. Ez voltaképen hitelassecurantia volt. Mert t. i. a hitelező az egész tőkét kockáztatta, szabadsága volt bármily magas kamatot kikötni. Justinianus a keresztény egyház befolyása alatt, a mely már a nicaei zsinaton a clericusoknak a kamatvételt megtiltja, a törvényes kamatot az eddiginek felére szállítja le: dimidia pars centesimae usurae-re, 6%-re, kivételével a kereskedőknek, kik 8%-es és a magas úrakkal, kik 4%-et szedhetnek. A foenus nauticum, vagy más néven pecunia traiecticia maximális kamatlábat 12%-ben állapította meg.

Az uzsora- és a kamatmaximum-törvények története a középkoron keresztül nagyon érdekes. (Endemann írta ezt meg.) Nagyjában a keresztény egyház tanainak a terjedésével a kamatvétel tilalma általánosul, már Nagy Károly kapitulárei is kimondják. De

úgy látszik, sohasem volt általános foganatja, mert megszegésére újabb és újabb kerülőket kerestek. Ilyen kerülő volt pl. a járadékvétel, Rentenkauf. Az egyik a másiknak bizonyos tőkét adott át, a miért évenkénti járadékot, 5%-et kapott, csak hogy az alapösszeget, a tőkét, fel nem mondhatta, azt csak az adós, a járadékot adó mondhatta fel. Ezért nem volt kölcsön. Bár magában véve ez is kamatvétel, a kánonjog mégis elismerte. A reformatio felé mindinkább támadják a kamatvétel tilalmát, így különösen Calvin, Bacon. Diadalra jut az e század elejéig fennállott elv, hogy a kamatvétel meg van engedve, csak a túlságos nagyot megtiltják. Mint kamatmaximum majd a járadékvételi 5%, majd a római 6% szerepel. A jelen században az ú. n. Manchesteri iskola keresztül vitte azt, hogy a jelen század második felében minden kereskedelmi szabadság útját álló szerződési korlátozást, mint haszontalant, practice keresztül nem vihetőt, eltörölték. Ez a 60-as, 70-es években győzelemre jutott és majdnem mindenütt keletkeztek törvények, a melyek a kamatvételi korlátozásokat megszüntették. Ez az irány nem sokáig tartotta magát, mert nyomában a leghatártalanabb uzsora járt. Ezért Poroszország nyomán Ausztria és ezután mi is (ez a rendes út) a reactio terére léptünk, kimondván, hogy 8%-nél magasabb kamat meg nem ítéhető, nem exequálható. Ez az intézkedés, mint 1000 esztendő óta egy uzsoratörvény sem, nem mutatkozott hatályosnak, mert csomó kibúvót enged. Ezért ismét porosz-osztrák mintára mozgó individualis mérték szerint próbáljuk kiktűszöbölteni az uzsorát. A mi uzsoratörvényünk szerint nem kamatmaximum van megállapítva, mint a melynél magasabb kamat szedése uzsora, hanem individualiter méretek az, hogy uzsora van-e, vagy sem. Ha t. i. az egyik a másiknak tudatlanságával, könnyelműségével, megszorultságával visszaél, semmis az ügylet és büntető sanctio alá is esik. A porosz törvény ezt az árúzsorára is kiterjeszti és ennek az iránynak a legújabb és legmerészebb kiterjesztése az, mely az új német polg. tkben foglaltatik. Ez úgy szól, hogy semmis az a jogügylet, bármily jogügylet tehát, nemcsak hitelezési és kamatvételi jogügylet, melynél az egyik fél a másiknak tudatlanságával stb. visszaélve, aránytalanul nagy ellenszolgáltatást köt ki magának. Szinte be sem látható, hogy ez az intézkedés a praxisban mit fog jelenteni. E szerint nemcsak a kölcsönbevevő fogja a kölcsönt megtámadhatni magas kamat miatt, hanem a kölcsönbeadó is túlságosan alacsony kamat miatt.

A római jog ennyire nem általánosított. Csak három intézkedése van, a mely a kamatuzsora ellen irányul. Az egyik a kamatmaximum. A maximumnál magasabb kamatok semmisek, a kamatkorlátozás tehát lex perfecta. A köztársaság elején és közepén még csak lex minus quam perfecta volt, a lex Marcia de usuris reddendis értelmében a magasabb kamatszedés nem volt semmis, de büntetésül a hitelező a törvényellenesen szedett kamat négyszeresét

tartozott megtéríteni, a mire nézve az adós per nélkül manus iniectionával élhetett. A másik kamattilalom volt az, hogy a kamatok ultra dupplum vagy a mint most mondjuk, ultra *alterum tantum* nem követelhetők. Ha valakinek 100 frtot adok bármily csekély kamat mellett is, ha a tartozás a 200 frtot eléri, a tőke többé kamatozni nem fog, a további kamatfizetés tőketörlesztés. Sőt nemcsak hogy a kamatok fel nem szaporodhatnak ultra *alterum tantum*, de egyenkint sem szabad többet elfogadni. Így vi legis a kamat redukálódik. Ez utóbbi merőben inpraktikus dolog, egyenesen az adós hátrányára van, mert a hitelezőt ez időpontban a kölcsön felmondására kényszeríti. Az pedig, hogy a kamatok oly nagyra halmozódjanak, nem praktikus, ez alig fordul elő. Ezért ma ez az egész tilalom ismeretlen. Pótolja az az intézkedés, hogy a kamat három év alatt elévül. Justinianusnak a kamatra vonatkozó harmadik intézkedése az *anatocismus tilalma*, hogy t. i. a kamat utáni kamatvétel tilos, még pedig tilos úgy az *anatocismus conjunctus* ú. n. kamatos kamat formájában (a tőkéhez a kamat hozzácsapódik), mint az *anatocismus separatus* képen (hogy t. i. a kamat külön tőkesítettik). Ez sem helyes intézkedés, mert kijátszható azzal, hogy lefizettetem a kamatot és rögtön mint új tőkét kölcsön adom.

113. §. Egyes fontosabb kötelmi tárgyak.

d) Birság és kötbér.

Úgy a birság mint a kötbér a büntetésnek általános fogalma alá esik. Már pedig, hogy mi a büntetés, az nem határozható meg a maga tárgya szerint, nem az tesz valamit büntetéssé, hogy mit szolgáltatok, hanem az teszi, miért szolgáltatom, miért, mi okból és mi célból? Mi okból? Azért, mert valami kötelezettséget megszegtem. Mi célra? Ez a kérdés már vitás, erre csomó elmélet van. Különösen két felelet az, a mit erre a kérdésre nézve ki kell emelnünk, a mely két felelet közül egymagában egyik sem teljesen igaz, de talán együttvéve helyesen oldják meg a kérdést. E szerint a cél egyrészt az, hogy a bántalmazottnak bizonyos satisfactiót adjon, másrészt az, hogy elriasztólag hasson. Ez a kettős cél talál a kötbér esetében is. Ha A. a maga kötelezettségét B.-vel szemben megszegi, akkor B., kinek érdekében ez a kötelezettség fennállott, érdekellenességet, hátrányt, kárt (nemcsak a vagyont értve itt), a német philosophusok szerint Unlustot, szenved. Ha már most a kötelelem megszegésének sanctiójaképen büntetést tűzünk ki, ennek egyik célja satisfactio adása lesz, mintegy kártérítést ad a kötelezettséget szegő. A másik cél pedig elriasztás lesz, mert a ki tudja, hogy büntetést szenved érte, kötelezettségét nem fogja megszegni. Ez a kettős cél úgy a magánbüntetéseknél: birságnál, köt-

bérenél, mint a közbüntetésekénél megtalálható, a különbség csak az, hogy míg az előbbi a magánérdeknek, addig utóbbi a közérdeknek sérelméért rovatik ki, és másodszor az, hogy míg a magánbüntetés csak vagyoni jellegű, addig a közbüntetés másra is megy.

Ilyen magánjogi büntetések különböző alapoknál fogva állanak fenn. Sok esetben maga a törvény fűzi ezt a birságot a jogellenességhez. A régi római jogban magánbüntetések állottak fenn számos delictum esetében, pl. az iniuria esetében. A mai jogban ezek a törvénytől fogva előálló magánbüntetések, birságok jóformán megszűntek. A mai nézet az, hogy birságot ex lege magánemberek zsebébe nem fizettetünk. Hogy ez helyes volna, nagyon is vitatható. Lépten-nyomon tapasztaljuk, hogy csekélyebb delictumoknál a közbüntetések helytelenek, sőt ártalmasak. Becsületsértésért (pofonért) a közfelfogású 5 frt közbüntetés nagyon csekély, másrészt ezért szabadságbüntetést kiróni, több kárt okozna, mint hasznot. Ez alól a szabadságbüntetés alól kis vétségeknél úgy akarnak segíteni, hogy első esetben feltételesen elengedik a büntetést. Ez megint azt jelenti, hogy az első sértettet megfosztják attól a satisfactiótól, a melyre neki épen olyan joga van, mint a másodszorban sértettnek. Ezzel vele szemben nagyobb jogtalanságot követnek el, mint a melyet elkerülnek a szabadságbüntetés elengedésével. Ebből kimászni csak úgy lehet, hogy visszaállítjuk a magánbüntetéseket. Mert közbüntetéssel sújtani az apróbb delictumokat — ágyúval lövöldözni a verebekre.

Ezeknél a törvényes magánbirságoknál fontosabb az ügyleti magánbirság, vagyis a kötbér esete. Ez abban áll, hogy ügylet, tehát első sorban szerződés által, de lehet végrendelet is, megállapítatik, hogy ha az, kit valamely kötelezettség terhel, ezt a kötelezettséget megszegné, az annak a javára, a kinek javára ez a kötelezettség fennáll, bizonyos szolgáltatást fog teljesíteni. Bár egyoldalú ígéret által is kiköthető, mi a továbbiakban a szerződésileg megállapított kötbérről, az ú. n. *arrha conventio* ról beszélünk. Ez feltételes kötelem. Valaki magát bizonyos szolgáltatás teljesítésére kötelezi az esetben, ha a főkötelezettséget nem teljesítené. Ez ma is előfordul, még pedig nemcsak expressis verbis, hanem hallgatólagosan is. Ha a villamosra felszállunk, a villamos vasúti társasággal kötött szerződésnek egyik pontja az, hogy kötelesek vagyunk a czédulát az egész úton megtartani, mert különben (ez a kötbér) köteles vagyok az egész összeget újból megfizetni. Nem a szállítási díjat fizetem ilyenkor, hanem a kötbért.

A kötbérnek többféle alakját lehet megkülönböztetni. Lehet vagy önálló kötelem, vagy accessorius jellegű. Önálló akkor, ha én csak erre a kötbérfizetésre kötelezem magamat arra az esetre, hogy bizonyos más szolgáltatást nem teljesítenék. Jogilag ilyenkor csak a kötbér teljesítésére kötelezem magamat, csak ez van in obligatione. A kötbérrel biztosított szolgáltatás ilyenkor csak in condicione van.

Így a fenti villamos vasúti jegy esetében. Én jogilag nem kötelezem magamat a czédula megőrzésére, erre beperelhető nem vagyok, kötelezve jogilag, beperelhetőleg csak a kötbérre, t. i. a szállítási díj újbóli lefizetésére vagyok kötelezve. A források szerint ilyen önálló kötbérnek tipikus alakja a stipulatio formájában: nisi feceris, centum dare spondes ne? Az önálló kötbérnek nagy fontossága van. A régi jogban a kötelmek csakis pénz fizetésére mentek, csak a lex Calpurina hozza be a más certa resre menő kötelmeket (condictio triticaria), és még későbbben ismerték csak el a facerere menő obligatiót. Ha már most a régi időben valaki mégis faceret akart magának teljesíttetni, erre obligatio nem volt lehetséges, ezt csakis in condicione vehették, a pénzre menő kötbérszolgáltatás negatív feltételébe. Ma is, ha kétes, vajjon a bíró nem vagyoni érdekű szolgáltatást jogi segélyre szorulónak és érdemesnek fog-e tartani, ezt a szolgáltatást, hogy az ne függjön a bíró tetszésétől, kötbérrel fogjuk biztosítani, és kötelem helyett feltételbe tesszük. Persze a kötbért valamely obligationalis tilalom kijátszására felhasználni nem szabad, ezért azt, a mi az obligatio tárgyaként tiltva van, tilos bevinni a conditióba is. Ezért erkölcstelen vagy lehetetlen teljesítést kötbérrel sem szabad biztosítani. Nem is lehet, mert erkölcstelen vagy tilos feltétel az egész ügyletet semmissé teszi.

A kötbérszolgáltatásnak második főformája, a mikor az mint mellékszolgáltatás köteleztetik. Első sorban, még pedig jogi hatállyal x. teljesítésére kötelezem magam, arra az esetre pedig, ha ezt a főkötelezettséget nem teljesíteném, a kötbérszolgáltatás teljesítésére kötelezem magam. Ennek forrásszerű formája: Spondesne x. facere, nisi feceris, centum dare? Ilyen esetben a kötbérre a következő nehéz kérdések merülnek fel. Első kérdés: Ha az adós a főkötelezettséget nem teljesíti, a hitelező csak a kötbért követelheti-e, vagy köteles először a főkövetelést érvényesíteni? Ez első sorban quaesio voluntatis, t. i. a felek akaratának értelmezése alapján döntendő el. In dubio a következő értelmezési szabályok állanak. Lehet, hogy a kötbért magának a teljesítésnek a biztosítására kötötték ki a felek, lehet hogy nem magának a teljesítésnek, hanem a teljesítés modalitásainak, helyének, idejének, minőségének a biztosítására. Ez utóbbi esetben világos, hogy a hitelező nemcsak a kötbért van jogosítva követelni, hanem jogosítva van első sorban magát a főszolgáltatást is követelni. Itt a kötbér kötelme cumulativ viszonyban van a szolgáltatáshoz, mind a kettő követelhető. Mikor pedig a kötbér magának a szolgáltatásnak, mint egésznek biztosítására van kikötve, akkor nem követelhető mind a kettő, hanem csak az egyik vagy a másik. Ilyenkor alternativ obligatio áll elő, melynek az a sajátossága, hogy választási joga benne a hitelezőnek van. Ez a szabály a concret esetben különböző eltérésekkel képzelhető. Mikor a hitelezőnek van választási joga és a kötbért választja, képzelhető az, hogy a felek intentiója az, hogy az adósnak szabad-

ságában legyen a főszolgáltatás teljesítése által szabadulni. Ilyenkor alternatív obligációval van tehát dolgunk, csak hogy az adósnak facultas alternativája van.

Az accessorius kötbérnél felmerülő második kérdés az, hogy mikor a kötbér akár cumulative, akár alternative követelhető, ilyenkor kötbér fizetése által elesik-e a hitelező az érdektérítés követeléstől, a kártérítési követeléstől. Magában véve a büntetés céljából még nem folyik, hogy a hitelező a kártérítéstől elessék. Hanem in dubio fel kell tenni, hogy a hitelező, a ki a maga javára ilyen kötbért kikötött, a kárt nem e mellett, hanem csak e fölött fogja követelni. A kárt csak annyiban fogja követelni, a mennyiben az a kötbér összegét meghaladja. In dubio tehát a kötbérösszeg a kárösszegbe beszámítandó.

A kötbértől meg kell különböztetni a *bánatpénzt* (~~arha poenitentialis~~). Az adós magát x-nek a szolgáltatására kötelezi, de jogosítva van (és nem kötelezve) y szolgáltatásával menekülni. Ez facultas alternativa. Adós jogosítva van aliud pro alio teljesíteni. Ez azért nem kötbér, mert a kötbér vagy egyedül, vagy cumulative vagy alternative in obligatione van, a bánatpénz pedig nincs in obligatione, nem követelhető.

114. §. A kötelmek fajai az alanyok szempontjából.

Egyoldalú és kétoldalú kötelmek.

Minden obligációban van legalább egy hitelező és egy adós, de lehet az obligatio tényállása az alanyok szempontjából tarkább is, a mikor is a következő képleteket nyerhetjük:

Egyszerű vagy egyoldalú obligatio, *obligatio unilateralis*, a hol az egyik csak hitelező és a másik csak adós. Ilyen pl. a stipulatio, a mai jogban a váltó. A régi kötelmek mind ilyenek. Az ú. n. *condictio*, t. i. az az *actio*, a mely a régi kötelmeknek megfelel, az mindig egyoldalú. Ilyen a *nexum* is és ilyen az ügyleteken kívül, az *ex contractu* kötelmeken kívül a *condictio indebiti*. A régi jogban azt nem ismerték, hogy a hitelező egyszersmind adós is lehessen, illetve az adós hitelező. Ezért, ha a régi rómaiak adásvételt akartak létesíteni, nem maradt más hátra, mint hogy két egyoldalú obligatiót kössenek. A B.-vel szemben stipulálta magának az árút, B. A.-val szemben a vételárat.

Az egyoldalú obligációval szemben áll a kétoldalú kötelem *obligatio bilateralis*. Ez oly kötelmi viszony, a mely két követelést és két adósságot foglal magában, azt lehetne mondani tehát, hogy két obligatióból van összetéve. Mindegyik fél hitelező is, adós is. Ez a kétoldalú kötelmi viszony ismét kétféle lehet. Lehet először visszterhesen vagy tökéletesen vagy voltaképeni kétoldalú kötelem, ú. n. *synallagmatikus kötelem*. Ennek sajátása az, hogy A. B.-vel

szemben valamire köteles, de csak annak ellenére, abból a célból és abból az okból, mert ennek ellenében B. is kötelezi magát valamire. A két szolgáltatás egymásnak az ellenszolgáltatása. Ennek tipikus esete az adásvétel, a locatio conductio, csere. Ennek a synallagmatikus obligatióknak ismét két alfaját kell megkülönböztetni. Az egymással szemben álló egymásért járó szolgáltatások lehetnek hasonneműek, így a cserénél (én adok B.-nek valami dolgot, ennek ellenében B. is ad nekem valami dolgot), a societásnál (én kötelezve vagyok a közös célt megóvni, de csak annak ellenében, hogy a másik fél is ugyanerre köteles). Sőt ez nemcsak szerződéses viszonyokban van így, teszem a communio incidens esete. Lehetnek másodszor a synallagmatikus obligációban egymással szemben álló kötelezettségek különmeműek. Az adásvételnél az egyik árút, a másik pénzt, vételárat tartozik szolgáltatni, a bérszerződésnél az egyik dolgot, munkát vagy mű létesítését, a másik pénzt, bért tartozik átengedni. Az, hogy az egymásért járó szolgáltatások hason- vagy különmeműek, a megfelelő actio nevében külső kifejezést is nyer. Hasonnemű ellenszolgáltatásnál az obligációban álló mindkét félnek egyenlő nevű actiója van. A cserénél mindkettőnek actio praescriptis verbis, a societásnál mindkettőnek actio pro socio, a communiónál mindkettőnek actio communi dividundo. A hol pedig a szolgáltatások különböző neműek, ott az actiók is más-más nevűek. Adásvételnél: actio empti és actio venditi, a bérszerződésnél: actio locati és actio conducti.

A kétoldalú obligatio nemcsak synallagmatikus, visszterhes lehet, hanem lehet olyan is, hogy a két szolgáltatás, a mely abban az obligációban foglaltatik, nem egymásnak az ellenértéke, az egyik nincs a másiktól feltételezve. Ha pl. én a dolgomat depositumba adom B.-hez, akkor ezen ténynél, ezen szerződésnél fogva, B. köteles nekem ezt a dolgot restituálni, én pedig köteles vagyok neki, a mennyiben erre a dologra kiadásai voltak, ezeket megtéríteni. De az ő kiadásainak ez a megtérítése nem ellenszolgáltatás az ő kötelezettségeért, a megőrzésért és visszaadásért. Ha azt kérdezzük, hogy ő az ő kötelezettsége teljesítéseért mit kap, a válasz az, hogy semmit. Commodatummal én kötelezem magam a dolgomat B.-nél hagyni és a dologra tett esetleges kiadásait megtéríteni, ő pedig köteles a dolgot visszaadni, mandatumnál B. köteles valamit végezni, én pedig kiadásait (de nem fáradságát) vagyok köteles megtéríteni. A két egymással szemben álló szolgáltatások, mint látható, egymásnak nem ellenértékei. Ilyeneket az extracontractualis viszonyokban is találhatunk. Ilyen a gyámsági viszony, a negotiorum gestio. Mind-ezeket a kötelmeket lehetne kétoldalú terhes obligációknak nevezni, de nem lehet nevezni visszterheseknek. Leghelyesebb *nem visszterhes kétoldalú obligatio* nevet adni nekik. Sokan a visszterheseket tökéletes kétoldalú kötelmeknek, a nem visszterheseket pedig tökéletleneknek hívják, obligatio *bilateralis aequalis* és *inaequalis*,

Windscheid a nem visszterhes kétoldalú kötelmeket egyoldalúaknak, Arndts esetlegesen kétoldalúaknak nevezi. Ez az ingadozás az elnevezésben régi. A mit mi visszterhes kétoldalúnak hívunk, azt nevezik synallagmatikusnak, hívják röviden bilateralisnak, reciproca-nak, dupplex onerosa-nak. Az egyoldalú kötelmet nevezik unilateralisnak, a nem visszterhesen kétoldalút nevezik bilateralis inaequalisnak, sokan unilateralisnak, gratuitának, lucrativa-nak, simplexnek. Ezek az elnevezések nagyon megtévesztők. Ügylet, illetve a belőle származó kötelem sohasem lehet magában véve onerosa vagy lucrativa, az mindig onerosa vagy lucrativa valakinek a szempontjából. A kölcsön arra a ki adja, terhes, a ki kapja, lucrativa. Obligatióról mint absolute onerosáról vagy lucrativáról beszélni helytelen. Legfeljebb arról lehet beszélni, hogy vannak kötelmek, melyek mindkét félre onerosusok, és vannak olyanok, melyek csak egy félre azok. Olyanok, a melyek egy félre sem terhesek, olyanok nincsenek. Az hogy onerosa vagy lucrativa az obligatio, az nem is függ össze az obligatio kétoldalúságával. A mutuum egyoldalú obligatio, és mégis onerosa arra, a ki adja, lucrativa arra, a ki kapja. (A kölcsönbevevőre is lehet onerosa, ha t. i. a kölcsön kamatos. Ez persze csak ma onerosus, a rómaiaknál ilyenkor sem volt az, mert a kamat külön obligatio tárgya volt.) Nem jó tehát azonosítani a kétoldalú obligatiót az onerosával, az egyoldalút a lucrativával. Nem jó szóhasználat továbbá a visszterhes kétoldalú ügyletet röviden bilateralisnak nevezni, mert hiszen a nem visszterhes is kétoldalú. Windscheid és Arndts elnevezése a következő okoskodáson alapul. Szerintük az ú. n. obligatio bilateralis inaequalisnél voltaképen minden esetben csak egyoldalú obligatio áll elő, a depositumnál a megőrzés és visszaadás, a commodatumnál a visszaadás, a mandatumnál a megbízás teljesítése. Előfordulhat ugyan, hogy a másik félnek t. i. az adósnak, a fenti szolgáltatásokra kötelezettnek is lesz követelése, t. i. kiadásai megtérítésére, de ez nincs szükségképen így, nincs mindig. Ez az esetleg előálló követelés nem lényeges kriteriuma az obligatióknak. De ez az okoskodás az egyik általunk bár nem visszterhesnek, de kétoldalúnak vett kötelelemnél meg nem áll. Windscheid szerint a commodatumnál csak az a kötelezettség állana elő, hogy a haszonkölcsönbevevő a dolgot visszaadja, a többi nem tartozik a commodatum lényegéhez. Ez azonban nem áll, mert igenis a commodatum lényegéhez tartozik, hogy én nála hagyjam a dolgot, tehát ha elveszem tőle, ő visszakövetelheti. Ha a locatio conductio reinél a dolognak ezt a nála hagyását lényeges kötelezettségnek mondjuk, annak kell mondanunk a commodatumnál is. Hogy a másik szolgáltatás is az illető obligatio lényegéhez tartozik, már kevésbé szembeötlő pl. a depositumnál, contractus pignoratiticiusnál mandatumnál stb., de mégis úgy van, a miért is sem Arndts, sem Windscheid elnevezése el nem fogadható. Ezek a szerződések nemcsak esetlegesen kétoldalúak, hanem biztosan azok, csaknem vissz-

terhesek. Az ilyen nem visszterhes kétoldalú kötelmek már a per nyelvezetből is felismerhetők. Az actiók világában ugyanis ezeknek azok az actiók felelnek meg, melyek mint actiones directae és contrariae fordulnak elő, tehát depositi actio directa és contraria stb.

Az különben, hogy egy- és kétoldalú obligatiókról beszélünk, nem igen szerencsés, sőt zavaró megjelölés. Zavaró annyiban, hogy egy- és kétoldalú jogügyletről is beszélünk. Egyoldalú jogügylet, mely egy akaratnyilvánítást, kétoldalú jogügylet vagy szerződés, a mely két félnek egybehangzó akaratnyilvánítását tartalmazza. Minden szerződés tehát kétoldalú jogügylet és nincsen más kétoldalú jogügylet, mint szerződés. (Persze a római nyelv ezt különbözőképen nevezi: contractus, pactum, conventio, constitutum, lex stb.) Már most a szerint, a mint a szerződésből egy- vagy kétoldalú obligatio származik, a szerződés, tehát a kétoldalú jogügylet, megint lehet egy- vagy kétoldalú szerződés. A kétoldalú szerződés (kétoldalú jogügylet) megint lehet a belőle származó obligatio szerint visszterhes vagy nem visszterhes. (Az egyoldalú szerződésnél is lehet voltaképpen visszterhes és nem visszterhes obligatióról, illetve szerződésről szó. Pl. ma a kamatos kölcsön visszterhes szerződés, mert a kamat ellenszolgáltatás a kölcsönadásért, a kamattalan kölcsön pedig nem visszterhes. Ily módon a visszterhesség is független a kétoldalúságtól.)

115. §. A kötelmek fajai az alanyok szempontjából.

Egyetemleges kötelmek.

A kétoldalú kötelmeknél is már több, t. i. 2 hitelezővel és több, t. i. 2 adóssal van dolgunk, de ott ez a minőség egy-egy személyben összpontosul és csak azért van két hitelező és két adós, mert A. is, B. is mindkét minőséget egyesíti magában. Voltaképpen azonban csak két személy van a kötelemben. A továbbiakban oly kötelmekről van szó, a hol valóságban kettőnél több személy van, t. i. vagy a hitelező több, vagy az adós több, vagy mind a kettő. Az ilyen kötelmeket egyetemleges kötelmek-nek nevezzük. Vannak ehhez hasonló viszonyok, a melyek mégsem egyetemleges kötelmek, a melyeket tehát előbb ki kell zárni. Ilyen:

a) A részkötelem. Ha hárman együtt hozzám jönnek és azt mondják: adj 300 frtot kölcsön, itt egy actus történt ugyan, de azért kezdettől fogva nem egy kötelem jön létre, hanem három, mindegyikük részéről egy-egy 100 frtos kötelem, a mi egy, az a jogügylet. Itt hárman állanak ugyan velem szemben mint adósok, de ez azért nem egyetemlegesség, mert nem egy, hanem több kötelem van. Ez több kötelem, mely úgy származik, hogy egy jogügylet, egy tény alapján létrejött követelés rögtön részekre oszlott. Hasonló lesz az eset utólagos részekre oszlás esetében is.

B. tartozik 300 frttal, marad három örököse, akkor a nomina sunt ipso iure divisa elvénél fogva mindegyik 100 frttal fog tartozni, 3 kötelem lesz.

b) Nem egyetemleges kötelem az úgynevezett *többszörös vagy többszörös kötelem sem*. Többen ugyanazt egynek vagy egy ugyanazt többnek köteles szolgáltatni, úgy hogy annyiszor kell az egészet szolgáltatni, a hány részéről vagy a hány részére a kötelem fennáll. Itt sincs egy, hanem megfelelően több kötelem. Pl. az örök-hagyó A., B. és C.-nek egyenként 300 frtos hagyományt rendel; ilyenkor az örököst három 300 frtos kötelem terheli. Különösen extracontractualis viszonyokban fordul ez elő. Valaki egy ténynyel több személy irányában delictumot követ el, pl. azt mondja valakinek, hogy fattyú. Ezzel iniuriat követ el a gyermekén, apján és anyján, és így mindhárommal szemben obligatio terheli. Három obligatio terheli, a mi egy megint nem az obligatio, hanem az azt előidéző tény. Ha hárman lopnak tőlem, mindhárman kártérítéssel és bírsággal tartoznak. A kártérítést csak egyszer kapom meg, ez tehát nem többszörös, hanem valódi egyetemleges kötelem, de a bírságot mindegyik tartozik megfizetni, tehát 3 obligatio áll fenn az én javamra. A többszörös kötelemnél tehát ép úgy, mint a részkötelemnél, vagy több hitelező vagy több adós van, de míg ott a teljesítés mindegyik felet csak a rész erejéig terheli vagy illeti meg, itt mindegyiket az egész teljesítés erejéig. Ha tehát A. fizet, B. és C. nem szabadul, hanem tovább is kötelezve marad. Míg tehát a részkötelemnél osztás, addig a többszörös kötelemnél szorzás történik, de mindig több kötelem van.

Ezekről megkülönböztetendő az *egyetemleges kötelem*. Ennél vagy több hitelező van, vagy több adós, vagy mindkét félén többen vannak, mindegyik adós az egészszel tartozik és mindegyik hitelező az egészet követelheti, de teljesítés csak egyszer történik, a hitelező csak egyszer kap, de akkor az egészet, az adós csak egynek teljesít, de szintén az egészet. Mindegyik az egészszel tartozik, illetve az egészet kapja, ennyiben nem részkötelem, de végeredményben csak egy teljesítés történik, ennyiben nem többszörös kötelem. Ha nekem hárman egyetemlegesen tartoznak 300 frttal, akkor mindegyiktől nem 100-at, hanem 300-at kapok, de nem háromszor fogom ezt a 300 frtot kapni, hanem csak egyszer, ha tehát A. teljesít, B. és C. szabadul. Annak, hogy az adósok egyetemlegesek, kettős célja van. Először kényelmesebb a hitelezőre nézve, mert azt fogja meg a három közül, a ki neki tetszik, másodszor biztosabb, mert ha az egyik nem tud fizetni, még mindig fordulhat a többi ellen. Annak, hogy több hitelező legyen, szintén két célja van, kényelmesebb az adósnak, mert annak fizet, a melyiknek akar (de ha nem fizet, kényelmetlen, mert nem tudja, melyik fogja perelni, melyiknek kell majd fizetnie), és kényelmesebb a hitelezőnek, mert a képviselőt pótolja. Így volt pl. a

Solidaris obl. - Concursus act.

Correalis " : alternativativa subiectiva.

363

római jogban az adstipulator, stipulatióból eredő kötelemben egyetemleges hitelezőtárs.

A római jog az egyetemlegesség körén belül egy finomsággal élt, a mely által az egyetemleges obligatiónak két fajtája keletkezett. A klasszikus római jogban ugyanis vannak oly egyetemleges obligatiók, a melyeknél az egyetemlegesség, a több hitelező, illetve több adós közti nexus szorosabb, másoknál lazább. A szorosabb egyetemleges obligatiók neve: correalis obligatiók, a lazábbak egyetemleges vagy solidaris obligatiók a szó szorosabb értelmében, röviden solidaris obligatiók. (Solidaris obligatio tágabb értelemben mind a kettő.) A correalis obligatio képe ez: Több hitelező vagy több adós, vagy több hitelező és több adós van érdekelve és arra a kérdésre, hány kötelem van, felelet az: csak egy. Ellenben a solidaris kötelemnél annyi obligatio van, a hány kötelezett vagy a hány jogosított fél van és ezt a több obligatiót csak a közös cél tartja össze. Ha a cél el van érve az egyiknek a teljesülése által, természetesen megszűnik a többi obligatio is, mert egy célt, egy eredményt csak egyszer lehet elérni. De fenmarad a többi obligatio, ha az egyiknél az eredmény elérése nem sikerült. Ez összehasonlítható a conkursus actionummal. Több actio van egy célra, ha az egyikkel célt nem értem, még mindig megindíthatom a másikat; de ha az egyikkel célomat elértem, eo ipso megszűnik a többi is. Ugyanígy a solidaris kötelemnél. Ha az egyik obligatio teljesül, az egyik adós fizet, akkor a többi obligatio, mint célja fogott, megszűnik, de ha bepereltem és mégsem fizet, még mindig fordulhatok a többi adós ellen. Az, hogy én az egyik adóst kiválasztottam a többi közül a teljesítésre, még nem szabadítja fel a többit, csak az, ha tényleg teljesít. A hitelezők oldalán: hogy a több hitelező közül az egyik követeli a teljesítést, még nem menti fel az adóst a többi hitelezővel szemben, hanem csak az, ha ennek az egyik hitelezőnek tényleg fizet. Másképp van a correalis kötelemnél. Ez az alternativ obligatiohoz hasonlítható. Az alternativ obligatio tudvalevőleg abban áll, hogy szolgáltatandó vagy x. vagy y., de mihielyt az arra jogosult x.-et választja, y. kikerül az obligatióból, tekintet nélkül arra, hogy x. azután tényleg szolgáltat-e vagy sem. Így a correalis obligatiónál is. Az is egy obligatio, a melyben teljesíteni fog vagy A., vagy B., vagy C., illetve az adós teljesíteni fog vagy M.-nek, vagy N.-nek, vagy O.-nak. In obligatione tehát alternative több hitelező, illetve több adós, illetve több hitelező és több adós van. (Fitting épen ezért a correalis obligatiót subiective alternativa obligatiónak nevezi szemben az objective alternativ kötelemmel.) Ha már most az egyik hitelező, illetve az egyik adós kiválasztatik, akkor a többi adós, illetve az adós a többi hitelezővel szemben mentesül, még ha ez a kiválasztott adós aztán nem is teljesítene, illetve ez a kiválasztott hitelező a teljesítést nem is kapná meg. Tehát míg a solidaris obligatio csak a teljesítés által concentrálódik

*solidaris kötelem
több kötelem
alternativ kötelem*

egy adósra és egy hitelezőre, addig a correalis obligatio már az electio által. Ha már az electio ~~megszünteti a correalitást~~, persze még inkább teszi azt a teljesítés. Így vannak bizonyos factumok, a melyek a correalitást, mint a solidaritást megszüntetik. Ilyen mindenekelőtt a *solutio*, teljesítése annak, a mivel az adós tartozik, ilyen, a mi a solutióval egyenrangú (ha t. i. a hitelező önszántából vagy törvény rendelkezésénél fogva elfogadja), a *datio in solutum*, a köteles szolgáltatásnak mással való pótlása, ilyen továbbá, a mi ugyancsak egyenrangú a solutióval, a szolgáltatandó dolognak, ha azt a hitelező elfogadni vonakodik, bírói vagy más módon való deponálása. Ilyen közös megszüntető tény továbbá a *compensatio*, az egyik adós és az egyik hitelező kölcsönös követeléseinek egymással való megszüntetése. Már a *novatio* nem olyan kétségtelen. Novatio az egyik kötelemnek egy másik helyébe lépő újjal való pótlása. Ha ez magában materialis kielégítést foglal, akkor kétségtelenül megszünteti az egyetemlegességet mindkét esetben.

Míg ezek a tények mindkét fajta egyetemlegességnél egyformán hatnak, addig vannak más tények, a melyek a correalis obligationál a többi felekre nézve megszüntetik, vagy megváltoztatják a kötelmet, ellenben a solidaris obligationál a többi felekre nézve nem hatnak ki. Ezek a tények a következők: a) *A litis contestatio*. Ez tudvalevőleg novatio necessariaként hat, az alperes többé nem az eredeti kötelezettséggel tartozik, hanem tartozik azon tények alapján, a melyek in iure in iudicium lettek deducálva. Az eddigi materialis jogviszony helyébe formális jogviszony lép, az eredeti obligatiót a litis contestatio consumálja. Minthogy pedig a correalis kötelemnél csak egy obligatio van, mihelyt ez bármely adós vagy bármely hitelező révén a litis contestatioig jutott, ez által consumálódik nemcsak arra az egy adósra, egy hitelezőre nézve, hanem consumálódik mindegyikre. Ha én A., B., C. correalis adóstársak közül perelem A.-t, akkor a litis contestatio consumálja az obligatiót nemcsak A.-ra, hanem B.-re és C.-re nézve is, és a consumált obligatio helyébe perobligatio lép, de már csak A. ellen. Ha most a per sikertelenül folyt A. ellen, B. és C. ellen többé fel nem léptek. Ezt mondja a szabály, hogy a correalis kötelemnél litis contestatione, id est electione liberantur ceteri, non perceptione. Nem így a solidaris obligationál. Ez több obligatio lévén, a litis contestatio csak azzal az egy adóssal szemben fennálló obligatiót noválja, vagyis consumálja, a többi adóssal szemben fennálló kötelem ettől független és tovább is fenmarad. Ha tehát a fenti esetben A., B., C. nem correalis, hanem solidaris adóstársak, akkor ha A.-t sikertelenül pereltem, még mindig perelhetem B.-t is, C.-t is. Itt megint az áll, hogy non electione liberantur ceteri, sed perceptione.

b) A *culpa*, melyet a correalis adóstársak közül az egyik elkövet, módosítólag hat az obligatióra. Minthogy pedig correalis obligatio esetén csak egy obligatio van, ha az obligatio az egyik

részéről megváltozott, megváltozik a többi részéről is. Nem így a solidaris kötelelemnél. Ha a szolgáltatás az egyik adós culpája miatt lehetetlenül, ez a többiekre nézve casus és így ők teljesen menekülnek az obligatióból.

c) *A keresetelévülés megszakítása* a correalis obligatiónál tárgyilag hat, t. i. minden adóssal szemben hat. Ha én beperelem A.-t, akkor újból számítódik az elévülés, nemcsak A., hanem B. és C.-vel szemben is. Nem így a solidaris obligatiónál. Itt A. beperlése csak A.-val szemben szakítja meg az elévülést. B.- és C.-vel szemben az tovább folyik.

d) *A mora*, a késedelem szintén kötelemváltoztató tény, és tudvalevőleg kétféle: *mora debitoris*, ha az adós, és *creditoris*, ha a hitelező esik késedelembe. A *mora debitoris* még a correalis kötelelemnél is csak személyileg hat, csak a megintett adós esik késedelembe, a többi nem, de objective hat ki annyiban, hogy bármely hitelező intette is meg az adóst, az késedelembe nemcsak azzal az egy, hanem minden hitelezővel szemben esik. Már a *mora creditoris* a correalis obligatiónál úgy a hitelezők, mind az adósok szempontjából objective hat, vagyis, ha az adós az egyik hitelezőnek a szolgáltatást felajánlotta és az a teljesítéshez szükséges közreműködést, teszem az átvételt megtagadta, nemcsak ő, hanem minden hitelező, és nemcsak ezzel az egy adóssal, hanem mindegyik adóssal szemben, esett késedelembe. A solidaris obligatiónál egyik *mora* sem hat ki objective, a *mora* mindegyik faja csak azt az illető egy obligatiót, a késedelmes adós vagy a morosus hitelező kötelmét változtatja meg.

e) Mikor később a justinianusi jogban a *litis contestatio* hatásai megszűntek, a *res iudicata* nyert nagyobb fontosságot. Hatása az egyetemlegességre ugyanaz, mint volt a *litis contestatio*é. Objective hat a correalis obligatióra, vagyis az egyik adós ellen hozott (akár felmentő, akár elmarasztaló) ítélet által a többi adós, illetve az egyik hitelező perében hozott ítélet által az adós a többi hitelezővel szemben mentesül, subjective a solidarisra, az ítélet által nem, hanem csak az egyiknek teljesítése által mentesül a többi adós, illetve a többi hitelezőtől az adós.

f) *Pactum de non petendo*, alaktalan adósságelengedés, ha magát az obligatiót engedem el, *pactum de non petendo in rem*, objective hat a correalis kötelelemnél. Ha tehát az egyik correalis adósnak akár ilyen alaktalan *pactum in rem*mel, akár *acceptilatio*val (a stipulatióból eredő kötelmet megszüntető formalis tény) elengedem a tartozást, erre a *pactum*ra a többi adósok is hivatkozhatnak, ezzel az *acceptilatio*val ipso iure a többi adósok is menekülnek, illetve az egyik hitelezővel kötött *pactum de non petendo in rem* vagy *acceptilatio* az adóst a többi hitelezővel szemben is mentesíti (*pactum* esetén ope exceptionis, *acceptilatio* esetén ipso iure). Már a solidaris obligatiónál máskép áll a dolog. Minthogy ilyen *pactum*,

illetve *acceptilatio* nem nyújt materialis kielégítést, ezért csak *subiective* hat, csak arra az egy adósra, illetve egy hitelezőre vonatkozik, a többi adós nem mentesül, a többi hitelező tovább is követelheti a teljesítést. A *pactum de non petendo* különben a *correalis* kötelmeknél is csak *subiective*, csak az egyik adósra és hitelezőre hat, ha az nem *pactum in rem*, hanem *de non petendo in personam*.

g) A római *főeskü* *in iure* ugyanúgy hatott mint az ítélet, eldöntötte a pert (ma már ilyen eskü nincs, ma csak feltétele a perdöntő ítéletnek), hatásai tehát ugyanazok, mint az ítéletnek. *Obiective* hatott a *correalis*, *subiective* a *solidaris obligatió*nál. A nem magára a tartozásra, hanem a vele kapcsolatos tényre letett eskü nem döntötte el a pert, ítéletet nem tett fölöslegessé, és így sem a *correalis*, sem a *solidaris* kötelelemre nem volt semmi befolyással sem.

Vannak végül tények, a melyeknek hatása a *solidaris* és *correalis* kötelmeknél annyiban közös, hogy mindkettőnél csak *subiective* vagyis csak az illető egy félre hatnak, a többi félre nem.

Ilyen mint láttuk a *pactum de non petendo in personam*. Ilyen aztán a *confusio*, ha t. i. egy hitelező egy adósnak, vagy egy adós egy hitelezőnek örökösevé lesz, ez által csak ez az adós szabadul, de a többi adós tovább is tartozik, a többi hitelező tovább is követelhet. *Subiective* hat mind a két fajta egyetemlegességnél a *capitis deminutio* is és külön számítható mindegyik félre nézve a *keresetelévülés*, az egyik adóssal szemben elévült követelés a másikkal szemben tovább is fennállhat (pl. mert később lépett be a kötelelembe) és ugyanígy a hitelezők részén.

Ugyancsak *subiective* hat a *constitutum debiti* is, hogy t. i. az egyik adós elismeri a tartozást, a minnek az a célja, hogy most már nemcsak az alapkötelelem, hanem a *constitutum* alapján is perelhetek, nemcsak az *obligationalis kereset*tel, hanem az *actio de pecunia constitutával* is élhetek, vagyis *concursum actionumot* nyerek. De ezt az *actio de pecunia constitutata* csak ez ellen az egy adós ellen indíthatom, a többi akár *correalis*, akár *solidaris* adós ellen csak az alapkötelelemből folyó kereset áll rendelkezésemre. Illetve több hitelezőnél csak az az egy hitelező indíthatja a *de pecunia constitutata*, a többi nem.

Mindezek a hatások, a melyeket itt felsoroltunk, logikusan folynak a *correalis* és *solidaris obligatió*nak adott képletéből, hogy t. i. a *correalis obligatio egy obligatio* több hitelezővel vagy több adóssal, a *solidaris obligatio pedig több, egy célra szolgáló obligatio egy-egy hitelezővel és adóssal*. Ez a képlet azonban nem igaz. Ribbentrop nevű írótól származik, de már ő előtte Keller is kifejti ezt a tant. Azelőtt egységes *solidaris obligatió*ról beszéltek, de hol azt találták a forrásokban, hogy egy tény ezt az *obligatió*t *consumálja*, hol meg azt, hogy nem. E zavart kikerülendő hozta be ez a két író a *solidaris obligatió*nak felosztását két alfajra a fenti

képlet alapján. Ezt a tant acceptálta aztán Savigny és uralkodó ez még ma is. Ujabban azonban erős és eredményes támadásokat folytattak ellene, még pedig két irányban. Brinz szerint ez a *distinctio* nem áll, mert mind a két esetben *una obligatio* van. Chylarz, Mitteis, Dernburg, Hartmann szerint pedig mindkét esetben több *obligatio* van. (Vécsey a régi, Kajuch a Chylarz elméletét követi.) Az egész azonban csak *constructio*, mert lenni sem egy, sem több kötelem nincs. Lenni csak hitelezők és adósok¹ vannak. Hogy a kötelem egy-e, vagy több, az csak oly vita, mint a középkori nominalisták és realisták vitái. A mit mi ki akarunk fejezni, az csak az, hogy mikor több egyetemleges adós vagy több hitelező van, akkor meg kell különböztetni, hogy ez több adós, illetve több hitelező egymással szorosabb és lazább kapcsolatban lehet. Maguk a források ép úgy támogatják a Brinz, mint a Chylarz nézetét, hol *una obligatio*ról, hol *plures obligationes*ről beszélnek.

Az egyetemlegesség hatásai befelé. Az eddigiekben azt néztük, milyen az egyetemleges hitelezők viszonya az adóshoz vagy adósokhoz, az egyetemleges adósoké a hitelezővel vagy hitelezőkkel szemben. A továbbiakban azt nézzük, hogy milyen az adósok viszonya egymáshoz, milyen a hitelezőké? Az adósok viszonya máskép alakul a *correalis*, máskép a *solidaris* kötelemnél. Ha az egyik adós teljesít, akkor a *solidaris obligatio*nál regressussal élhet adóstársai ellen, azaz, hacsak előre az ellenkezőt ki nem kötötték, mindegyik adós teljesítő társának a rá eső részt megtéríteni tartozik. Ha pl. házamat három biztosító-társaságnál (az egyik a másiktól nem tud) biztosítom, akkor ez a három társaság *solidaris* adós. Ha most házam leég és az egyik biztosító-társaság káromat megfizette, római jog szerint regressusa van a másik két társaság ellen. Kivétel a *solidaris obligatio*nál csak ott van, a hol a *solidaritas ex delicto* keletkezett. Pl. hárman loptak meg engem. Akkor, ha az egyik kifizeti a káromat (a kártérítés ilyenkor *solidaris*, a bírság többszörös követelem), ő a másik kettőtől a rájuk eső részt nem követelheti, mert gazemberek közt a szabály az, hogy *melior est condicio possidentis* (per nyelven, a *solidaris* adóstárs *exceptio doli*val visszaverheti az ő *actió*ját, még ha az *actio doli* is volna). Kérdés már most, hogy a *solidaris obligatio*nál milyen keresettel veszi meg a teljesítő adós a többi adóson a rájuk eső részt? A római jog megadja a *solidaris* adósnak a *beneficium cedendarum actionum*-ot, a hitelező, a ki a teljesítést felvetté, köteles a teljesítő adósnak a követelést ennek költségeire engedményezni. A teljesítő adós ezt a cedált *actió*t aztán bármelyik társa ellen megindíthatja, levonásával a rá eső résznek. Tehát három adós esetében a 3000 frtos követelést lefizetett adós, akármelyik társától behajthat 2000 frtot, tehát nem köteles mindegyik társat a megfelelő rész erejéig perelni, ő fordulhat egy ellen egész követelésével, ennek az egynek aztán ő cedálja az *actió*t stb. Ezt

acceptálta a német polgári törvénykönyv is. A későbbi Justinianusi jog nemcsak kötelezi a teljesítést felvevő hitelezőt actioja cedálására, hanem a cessionak ipso facto helyt ad. A fizető adóst minden cessio nélkül megilleti az actio, persze csak utiliter, mert az ügyleti cessionarius is csak így élhet vele. Különben ha nem is volna sem ipso facto, sem necessaria cessio alapján actio átszállás, vagyis ha a fizető adós nem is élhetne az eredeti actioval utiliter, még mindig megindíthatná az actio negotiorum gestorum contraria adóstársai ellen.

Más a szabály a correalis obligatiónál. Ott abból a tényből, hogy az egyik adós teljesített, a többiekre nézve semmi sem következik. Itt regressusnak csak akkor van helye, ha az az adósok közt fennálló valami külön alaptól folyik. Pl. ha ők egymással societasban vannak, akkor a fizető adós a többi ellen actio pro socióval élhet a rész erejéig. Ha a fizető adós csak azért vállalta ezt az adósságot, mert a másik erre felkérte (ú. n. intercessio), ezzel megbizta, akkor ő ellene actio mandati contrariaval léphet fel az egész erejéig. Vagy ha felkérés nélkül tette, actio negotiorum gestorum contrariat indíthat társa ellen. Ellenben, ha a felkérő teljesítette a kötelmet, neki a másik ellen regressusa nincs. És így tovább, de maga a teljesítés ténye nem alap a regressusra.

Ugyanez a szabály a hitelezők egymásközi viszonyára. A hitelezőtől, ki a teljesítést felvette, társai actio negotiorum directaval kaphatják meg részüket. Ellenben a correalis obligatiónál általános szabály nincs, az a correalis hitelezők közti viszonytól függ, societas esetén megfelelő részt, adstipulatio esetén, ha t. i. az adstipulator vette fel a teljesítést, a stipulator az egészet fogja a teljesítést felvett hitelezőtől elperelhetni.

Az egyetemlegesség keletkeztető tényei. A római jogban az egyetemlegesség nem vélelmeztetik, annak vagy ügylet által vagy más módon kikötve kell lennie. A correalis obligatiók leggyakoribb tényalapja a szerződés, a mely a klasszikus római jogban stipulatio formájában megy végbe. Már a későbbi római jogban a felek a correalitást pactum adiectum formájában is kiköthetik. A stipulatio formájában kikötött correalitás esetében a conditio ex stipulatuval kellett élni, holott a pactum adiectum esetében, mint minden pactum adiectumnál az alapügyletnek megfelelő keresetet alkalmazhatták. Ha hárman vesznek valamit és a correalitást pactum adiectum formájában köti ki az eladó, akkor az adásvétel alapján, tehát actio venditivel perelheti bármelyikeket. Létrejöhet a correalitás végrendelet által is, ha t. i. az örökhagyó az örökösöket arra kötelezi, hogy egyetemlegesen szolgáltassanak valamit a legatariusnak. Kevésbé fontos esete a correalitás keletkezésének a bírói adiudicatio, a bíró a dolgot A., B. és C. közt úgy oszthatja fel, hogy odaadja A-nak, de kötelezi, hogy B. és C-nek correaliter ennyit meg ennyit adjon. (Ez activ correalitás, t. i. a hitelezők

correusok.) Végül *ex lege* is keletkezhetik a correalitas, pl. többen rendelnek egy institút.

Míg a correalitas főesete a szerződés, addig a solidaritásé a *delictum*. A *delictum* azért szül solidaritást, mert ha hárman követik is el, mindegyik nem $\frac{1}{3}$, hanem egész gazember. Hasonló az eset, ha nincs is *delictum*, hanem *contractualis* viszonyban állók *culposan* okoznak kárt, pl. hárman bérlik a szobámat (még ha egyetemlegesség kimondása nélkül is) és rongálnak valamit, az így okozott kárért solidarisan felelősek, persze, a ki magát exculpálja, az menekül. (A culpa, ha *contractualis* viszonyban követtetik el, nem *delictum*, csak *extracontractualis*ban az.) Létrejön a solidaritas *jogügylet*, különösen szerződés alapján is, a mikor ugyanis többen egymástól függetlenül vállalnak el egy szolgáltatást, pl. a fenti biztosító-társasági példa. Megjegyzendő, ha többen egy szerződésben, tehát nem egymástól függetlenül vállalják el a kötelmet, nem solidaritas, hanem correalitas keletkezik. A solidaritas példája a váltóforgatók kötelezettsége is. Már az *activ* solidaritásra, a hol t. i. több hitelező van, nehezebb példát találni, sokan ennek létezését tagadják is. Helytelenül, mert pl. az ígért hozományt a férj is, a nő is követelheti, aztán szólhat egy célra a *legatum liberationis* és *debiti* is, a mikor nemcsak a hitelező, hanem az adós is perelhet.

Vannak esetek, a melyek nagyon közel állanak az egyetemlegességhez, de a melyek még sem az, más szabályok állnak rájuk. Ilyen a) a *kezesség*. Több kezes közt valódi correalitas van, mert bármelyiktől követelhetem a teljesítést és a *litis contestatio* mindannyiukat felszabadítja, nincs azonban correalitas a főadós és a kezes közt, mert ezek nem koordinált adósok, a kezes obligatioja csak *subsidiaria*. Ha a kezes culpát követ el, ezért a főadós nem felel, mert rá nézve a harmadik személy cselekvénye *casus*, fordítva igen, a kezes tehet exceptiót az adós személyéből, de fordítva ismét nem. b) Az *actiones adiecticiae qualitatis* esetében szintén correalitas van a *filius* és a *pater*, az *exercitor* és a *magister navis* közt, de míg a fiú az egész kárért felel, addig az apa az *actio de peculio* esetében csak *peculio tenus*, aztán míg az *adiecticia actio temporalis actio*, addig a *filius* ellen menő *perpetua* is lehet. c) Nem egyetemlegesség továbbá a kötelem oszthatatlanságából eredő az a helyzet, hogy az egyik hitelező az egészet kapja, illetőleg az egyik adós az egészet teljesíti. Erről a kötelem oszthatatlanságánál már volt szó. Ott láttuk, hogy több hitelező esetén nem áll elő egyetemlegesség, és így, ha az adós az egyiknek teljesített, még nem mentesül a többitől és ezért teljesítés előtt kellő cautiót, biztosítékot fog követelni a teljesítést felvevő hitelezőtől, hogy a többi hitelező ellene fellépni nem fog. Már ha több az adós, valóságos solidaritas jön létre.

Az egyetemlegesség átalakulása. Már Hadrianus behozta a *beneficium divisionis*. Ha többen vannak kezestársak és a hitelező az

egyiket perli, akkor ez azt követelheti, hogy a hitelező a követelést felosztja, és tőle csak a reá eső részt követelje. Ez a *beneficium divisionis* valójában megtagadása az egész egyetemlegességnek. Az egyetemlegességből részkötelmek lesznek, azzal a különbséggel, hogy az igazi részkötelmeknél a felosztás *ipso iure* történik, holott itt *ope exceptionis*. Ezt a magában véve is hibás intézményt Iustinianus még jobban kiterjeszti és általánossá teszi. Nála a követelés felosztása már nem történik *excipiendo*, hanem a bíró hivatalból perbe idézi a többieket is, nemcsak a perbefogottat és őket egyenként csak *pro parte* marasztalja el. Ezt az intézkedését a hírhedt 99. novella tartalmazza. Hogy ezt Iustinianus minden egyetemleges adósságra hozta-e be, és ha nem mindegyikre, melyekre nem volt alkalmazható — erre a legkülönbözőbb magyarázatok vannak. Annyi valószínű, hogy a *delictumokból* eredő solidaritásra nem vonatkozott. A praxis hol igen szélesen kiterjesztette, annyira, hogy sokan azt tartották a pandektajog területén, hogy ez a 99. novella minden *solidaris* és *correalis* obligációra áll, hol pedig egészen megtagadták ennek a novellának a receptióját pl. a német Reichsgericht. E megtagadással eminens praktikus szükségnek tettek eleget. Ezért ott is, ahol a 99. novellát elismerték, ennek hatását mitigálni igyekeztek azzal, hogy kimondták azt, hogy az adósok, akik erről a *beneficiumról* lemondanak, nem hivatkozhatnak rá. Az újabb codexek nem is vették át a *beneficium divisionist*, sőt a német kereskedelmi törvény szemben az ellenkező köztörvényi praxissal egyenesen ki is zárja. Ezt a kizáró intézkedést persze a mi kereskedelmi törvényünk is átvette, holott itt semmi értelme, mert hiszen nálunk *beneficium divisionis* sohasem volt. A mi a kereskedelmi törvényünknek egy másik az egyetemlegességre vonatkozó és a római joggal egyenesen ellentétes intézkedése az, hogy az egyetemlegességet *praesumptio iuris* erejével kimondja. Ezt az elvet újabban minden polgári forgalomra általánosítja a német polgári törvénykönyv. Hogy ez helyes-e, kérdés. Ez különben összefügg azzal, hogy ma az egyetemlegességet a *solidaritas* vagy a *correalitas* mintájára szabályozzuk-e? Mert ha az egyetemlegességet a *solidaritas* mintájára állítjuk fel, akkor ez a *praesumptio* nem veszélyes, de ha, mint a Code civil teszi, a *correalitas* képére szabályozzuk, akkor nagyon is veszélyes.

Iustinianusnak az egyetemlegességre vonatkozó második intézkedése (l. 28. §. 2. Cod. 8, 40), hogy ha az egyik hitelező az egyik adóst beperli, akkor tisztán a beperlés, a *litis contestatio* által a többi adós nem szabadul még a *correalis* kötelemnél sem, ő megszünteti a *litis contestatio*nak *consumáló* hatását. Ez nagyon helyes intézkedés. Ennek nyomán azonban felvetődik a kérdés, van-e még különbség Iustinianusnál *solidaris* és *correalis* kötelem közt? Felelet: igenis van a *litis contestatio*t kivéve minden egyébben, tehát első sorban a *res iudicatában*.

Az újabb törvények csak egy fajta egyetemlegességet állítanak fel, és ezért az ú. n. practicusok és törvényhozók a római jognak e distinctióját valami különösnek, mystikusnak találják. Pedig ez a különbség a kétféle egyetemlegesség közt mindenütt utat tör magának. A Code Napoleon az egyetemlegességet egységesen szabályozza, még pedig a correalitas képeire, a franczia praxis mégis különböző solidaritásról beszél: solidarité imperfait és sol. vraieról, a mi körülbelül a római különbségnek felel meg. Ép így van ez a német polg. törvénykönyvnél, így az osztrákban, így a porosz Landrechtben. A ném. polg. törvénykönyv első Lesungjának 325. §-a a solidaritást állítja fel. De csakhamar belátták ennek tarthatatlanságát, mert pl. az egyik, még pedig a legkevésbé jó adós szándékosan tönkre teszi a dolgot, ez által a többi adós, mint a kikre nézve ez casus, menekülne. Ezért a végleges törvénykönyv azt mondja, hogy a culpa és res iudicata ki nem hat, a hol más nincs, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnisse etwas Anderes ergibt. Ezt pedig a bírónak kell kitudnia, a mi a törvényhozó capitulatioja. Az újabb törvényhozások tehát, így a svájci is, egyféle egyetemlegességet állítanak fel, de a bíróra bizzák, hogy másfajta egyetemlegességet is elismerjen.

116. §. A kötelek fajtái a védelem szempontjából.

A kötelek védelme voltaképpen a kötelek tartalmáról szóló fejezetbe tartozik, mert a kötelek nagyobb vagy kisebb kényszerítő ereje hozza a nagyobb vagy kisebb védelmet. E szempontból a kötelek erősebb vagy gyengébb, a szerint, a mint az állam erősebb vagy gyengébb védelemben részesíti, vagyis az állam az ő kényszereszközeit kisebb vagy nagyobb mérvben bocsátja rendelkezésére. Legerősebb az a kötelek, a melynek közvetlen kikényszerítésére az állam kereseti jogot, actiót ad. Ez a normalis kötelek. Ennél már gyengébb az az obligatio, a hol van ugyan eszköz a kikényszerítésre, de ez a kikényszerítés nem közvetlenül, hanem csak közvetve történik. Kerülő úton kikényszeríthető köteleknek lehetne nevezni. A skála legalsó fokán pedig az a kötelek áll, a mely semmiképpen sem kényszeríthető ki, a köteleknek államilag elismert volta csak abban mutatkozik, hogy az adós jó szántából történő teljesítés solutio és nem ad indebitumot. A tankönyvek e fejezetben *obligatio civilis* és *naturalis* állítanak egymással szemben, de ez a terminologia nem megbízható, mert a közvetve kikényszeríthető köteleket majd a közvetlenül kikényszerítőhöz csapják, vagyis az obligatio civilis neve alá vészik, vagy pedig a kikényszeríthetetlen, az ú. n. naturalis obligatiohoz sorozzák. Helyesebb két faj helyett a köteleknek három csoportjáról beszélni.

1. *Közvetlenül kikényszeríthető kötelek, obligatio civilis.* Ez oly kötelek, a melynél, ha az adós nem teljesít, közvetlenül élhetnek

ellene jogorvoslattel, tehát első sorban keresettel. A kinek pedig keresete van, annak természetesen exceptiója is van. A különbség az actio és exceptio között az, a mi a támadás és a védelem között. Az actio közvetlenül marasztalást, az exceptio elutasítást kér. Ma nemcsak exceptióval élhet az alperes kötelme érvényesítésére, hanem visszkeresettel is.

Az obligatiókból folyó keresetek actiones in personam, vagyis csak az adós ellen indíthatók. Ma azonban harmadik személyek ellen is élhetek keresettel, hogy ezek azt érdeket, melynek védelmére az actióm van, meg ne hiúsítsák. Pl. a bérletnél a bérbevevő csak a bérbeadóval van kötelmi viszonyban, de azért más háborító ellen is van a bérleti jog alapján, de nem annak folyományaképpen actio iniuriarum. Ezzel azonban a bérleti jog nem válik abszolúttá, az csak akkor volna, ha a bérleti jogból folyó actio conductit indíthatná bármely harmadik ellen. Minden esetre kihat az obligatio harmadik személyekre is és így a kötelmek és az absolut jogok közti különbség cum grano salis veendő.

2. Közvetve kikényszeríthető kötelelem. Érdekes kategória. Adósomtól követelhetem a teljesítést, az x-et, de erre a jogrend actiót nem ad, hanem csak kifogást. Ez oly eszköz, a mely nem közvetlenül az x elérésére irányul, hanem y-ra, t. i. az ő ellenem indított keresete elutasítására, a mi alól csak x-nek teljesítésével menekül. Üti tehát a zsákot, de éri a szamarat. Ha a postán bélyegtelen levelem érkezik, nekem a posta irányában 10 kr. szolgáltatására kötelmem támad. Ennek a teljesítésére engem a posta be nem perelhet, actiója nincs, de van exceptiója. Ha t. i. én kérném a levelet, azzal üthet vissza, hogy ki nem adja addig, míg a 10 krt le nem fizetem. A maga követelését exceptióval hajtja be. Annak pedig, hogy a jog ilyenkor csak kerülő utat ad, igenis van célja, mert különben valaki tönkre tehetne azzal, hogy folyton bélyegtelen leveleket küldene, a miket be kellene váltanom. A mikor nem én vállaltam az obligatiót, ha az rajtam kívül fekvő okokból keletkezett, akkor már a méltányosság is magával hozza, hogy ez az obligatio engem csak feltételesen kössön. Innen van, hogy noxa esetén a kárttevőnek kiadásával mentesülök a kártérítés alól, így a cautio damni infecti esetén a dülőfélben lévő épület átengedésével szabadulok az esetleg keletkező kár megtérítése alól és így tovább.

A közvetve kikényszeríthető obligatióknak talán legfontosabb esete az impensáké. Ha én idegen dolgon, a melyet akár jó, akár rosszhiszeműleg birtokolok, javításokat eszközölök, fentartására költök, szóval kiadásokat teszek, akkor a tulajdonos velem szemben ezeknek megtérítésére ex lege kötelezve van. De minthogy ezeket nem contemplatione sua tettem, azaz nem azon célzattal, hogy számára tegyek valamit, hogy őt kötelezzem, actio e követelésem érvényesítésére nincs, hanem csak exceptio. (Ha contemplatione sua tettem a kiadásokat, actio negotiorum gestorum contrariával követelhetem.)

Ide tartozik továbbá a *collatio* esete is. Nem követelhetem attól, a ki az örökhagyótól még annak életében valamit kapott, hogy azt az örökséghez hozzáadja, a hagyatéknak visszaadja, de ha ő is örökrészt követel, vagyis *actió*val lép fel, akkor *exceptió*val fogok élhetni, hogy tessék előbb a kapottat a közös *cassa*ba *conferálni*, majd csak akkor osztozkodunk.

Mindezekben az esetekben, a mikor tehát visszatartom azt, a mi neked jár, a míg meg nem adod, a mi nekem jár (*retentio*), csak akkor fogok célzt érni, ha a felperes követelése többet ér, mint az enyém, ha a ház többet ér, mint a mennyi kiadást meg kellene térítenie, ha az örökségből nagyobb rész jut rá, mint a mennyit *conferálnia* kell. Nem így a *compensatio* és *visszkereset* keretében, a mikor az én követelésemet biztosan megkapom.

A közvetetlen kikényszerített kötelmek közé lehet sorozni azt az esetet is, a mikor nem *exceptió*m, de *actió*m van, a melylyel célomat elértem, csak hogy ez az *actio* nem közvetlenül az én érdekem védelmére van szánva. Így a fenti példa: a római jog szerint a bérlőnek nincsen *sommás visszahelyezési keresete*, de élhet *actio iniuriarum*mal a háborgató ellen.

3. *Ki nem kényszeríthető kötelem, naturalis obligatio*. Ennek kikényszerítésére a jog semmiféle eszközt sem ad, de ha az adós mégis teljesít, ezzel nem ajándékozik, nem *indebitumot* ad, hanem csak kötelességét teljesíti. Teljesítésre nem kényszeríthető, de ha mégis teljesít, vissza nem követelheti. Mi a célja ennek, hogy ilyen *obligatiók* vannak. Jhering feleletül következő képlettel él: A kávésbrik néha repedt, mégis használjuk, de azért senki sem fog repedt ibriket csináltatni. Ilyen repedt ibrik a *naturalis obligatio*, a jog nem fabrikál ilyet, de ha előtalálja, hát elismeri. A jog nem mondja, hogy borravalót adni kell, de minthogy az életben így találja a helyzetet, hogy borravalót igenis adnak, hát elismeri és *sanctionálja* azzal, hogy az adott borravalót sem *indebiti solutio*, sem hálátlanság czimén *visszakövetelni* nem lehet.

A *naturalis obligatio* ki nem kényszeríthető, de azért a jog által mégis kötelemnek van elismerve. Ennek az elismerésnek kriteriuma az, hogy a jog a teljesítést itt is *solutiónak* tekinti, még pedig *debiti solutió*nak, nem ajándékozásnak. Tehát sem az ajándékozás, sem a *condictio indebiti* szabályai nem alkalmazhatók. Ha tehát az adós, abban a hitben, hogy kikényszeríthető, teljes *obligatiót* teljesít, eleget tesz a *naturalis obligatió*nak, nem léphet fel *condictio indebitivel* azon a czimen, hogy nem tartozott vele. Ezeknek a *naturalis obligatió*knak a hatása tehát abban van, hogy a jog szabad kezet enged a teljesítésre, nem kényszerít, de ha a teljesítés egyszer megtörtént, a *visszakövetelésnek* útját állja. Szabad kezet enged a teljesítésre és a mi ezzel egyenrangú, tehát az elismerésre *constitutum debiti proprii*re, vagyis az adós

elismerheti a naturalis obligatiót, a minek következménye azután az, hogy a hitelező bár a naturalis obligatio alapján nem perelhet, mégis keresetet nyer az elismerés alapján, lesz actio de pecunia constitutája. Végezhet továbbá az adós novatiót, mert ez sem más, mint a régi kötelemnek újabb, erősebb, mert perelhető formában való elismerése, végezhet delegatiót, expromissiót stb. Megerősíthető továbbá a naturalis kötelem harmadik személy részéről is, pl. valaki kezességet vállal akár fideiussio, akár constitutum debiti alieni alakjában. Megerősíthető továbbá a naturalis kötelem önkéntes zálogbaadás által, akár az adós, akár más adja. Mindezek, ha önként történnek, érvényesek és vagy kielégítést vagy perlési alapot adnak. A naturalis obligatio becsületbeli tartozás. A jog nem kényszerít a becsületbeli tartozás elismerésére, de ha ez az elismerés megtörtént, akkor becsstelenség volna visszavenni, erre pedig a jog segédkezet nem nyújthat. A források az ilyen obligatio elismerését úgy hívják, hogy fideliter fecit, fidem implevit. Minden modern jog is tekintettel kell hogy legyen ezekre a naturalis obligatiókra. A legújabb codex, a német polg. tk. is nagy mértékben elismeri.

A naturalis obligatio teljesítése érvényes solutio, már pedig quod solutum est, repeti non potest. A hitelező, a ki a solutiót megkapta, retentio solutivel élhet még akkor is, ha az adós azon tudatban fizetett, hogy civilis obligatiót teljesített. Ha pl. elévült adósságot fizetek, ez érvényes fizetés, bár a teljesítésre perelhető már nem voltam. Annak pedig, hogy az elévült kötelem csak naturalis obligatio, a ratiója az, hogy a bizonyító apparatus annál nehezebb lévén, mentőül régibb a követelés, az állam a maga apparatusát megvonja a hitelezőtől, ha a munka, a melyet a követelés az állam gépezetének okoz, nagyobb, mint a mennyit maga a követelés megér. De ha a maga apparatusát meg is vonja, a jogot nem tekinti megszüntűnek, azért mégis piszkosság az adóstól, ha nem fizet, tudván, hogy már be nem perelhető. Ha tisztességes ember, mégis fizetni fog, és ezt a fizetést a jog helybenhagyja. Ha pedig nem tisztességből, hanem tévedésből fizet, akkor a jog ezt is érvényesnek veszi és a visszakövetelésre nem bocsátja rendelkezésére a maga apparatusát, egyrészt mert ez erkölcstelen volna, másrészt, mert az előbb az alapkövetelésre sem hozta mozgásba. Az ilyen elévült kötelem záloggal is biztosítható, még pedig nemcsak úgy, hogy az adós vagy egy harmadik a már mint naturalis obligatio biztosítására adja a zálogot, hanem úgy is, hogy az előbb civilis obligatio biztosítására adott zálog fenmarad még akkor is, ha az obligatio később elévülés folytán naturalissá lesz.

A naturalis obligatio csak oly ügyletnek nem lehet tárgya, a melynél a hitelező az adós akarátán kívül kényszeríthet ki kielégítést, minden más ügyletnek lehet tárgya. Így tárgya lehet akár legatum debitinek (elévült tartozásom kifizetését hagyományozom), akár

legatum nominisnek (elévült követelésemet legáлом valakire), persze ez utóbbi esetben a legatarius csak nuda speset kap. Kérdés, vajjon compensálható-e a naturalis obligatio? Nem, sőt még retentióval sem élhet a hitelező. A kik azt állítják, hogy a naturalis obligatio compensálható, azok a naturalis obligatio fogalmát kiterjesztik és a csak közvetve kikényszeríthető obligatiót is ide veszik. De akkor meg két fajtát különböztetik meg a naturalis obligatióknak. Így teszi ezt Savigny, így Schwaner, a ki erről könyvet írt.

A naturalis obligatio tényalapjai, azaz azok a tények, melyekből naturalis obligatio származik, közös elvi vonás alá nem foglalhatók. Az különben, hogy a források sok obligatiót naturalisnak mondanak, nem dönt, mert a források naturalis obligatióról beszélnek ellentétben a ius civilebeli obligációkkal is, így nevezik tehát gyakran a ius gentiumbeli obligációkat, a melyek korántsem naturalisak a most kifejtett értelemben. Nevezetesebb esetei a naturalis obligációknak:

a) Házi viszonyban a paterfamilias és filiusfamilias közt, a filiusfamiliasok közt egymás közt, a rabszolga és gazdája közt civilis obligatio nem lehet, csak naturalis. Ez különben a servus és bármely harmadik közt is áll. A rabszolga csak naturaliter kötelezheti magát, érvényesen fizethet, ha van miből, ha van peculiuma. Nem így a filiusfamilias. Ez harmadik személyekkel szemben érvényesen kötelezheti magát, feltéve, hogy cselekvőképes.

b) Perintézmények: Naturalissá lesz a különben civilis obligatio, ha valamely formahiba miatt elvesztettük a pert, tehát a causa cadere miatt, azzá lesz elévülés folytán, harmadszor iniusta absolutio miatt, ha t. i. az adós felmentetik, de bebizonyíthatólag igazságtalanul. Ide tartozik a decretum divi Marci is, a mely az önhatalmaskodást tiltja azzal a sanctióval, hogy az önbíráskodó a követelést elveszti, de azért ez naturalis obligatio marad. Ezek a pontok nem állanak vitán kívül. Az iniusta absolutio- és az elévülésre nézve vitás, hogy az áll-e ezekre, a mit mi mondunk itt, vagy ezek csak kisebb mértékben naturalis obligatiók. Windscheid, Wächter szerint ezek csak tudva fizethetők ki, a tévedésből történt fizetés visszakövetelhető. E szerint több fajtája volna a naturalis obligatióknak. Windscheid így is tanítja. Szerinte a naturalis obligációkban csak az a negativum közös, hogy be nem perelhetők.

c) Előáll naturalis obligatio a SC. Macedonianum folytán is. Ha én a filiusfamiliasnak kölcsönt adok, akkor én tőle azt per útján be nem hajthatom, mert neki e SC. Macedonianum alapján exceptiója van. Ha ő ezt a peremptoria exceptióját érvényesíti, engem az én keresetemmel elutasítanak. Így nekem csak naturalis obligatióm van, én nem követelhetem, még ha paterfamiliassá lesz is, de ő megfizetheti. Windscheid szerint csak akkor fizetheti meg, ha paterfamiliassá lesz. Nem lesz ellenben naturalis obligatio sem a SC. Velleianum ellenére adott intercessio. Hogy ennek mi az

oka, azt régebben úgy magyarázták, hogy ez a SC. in odium creditoris van behozva, azért nem marad semmi kötelem, holott a SC. Macedonianum in odium debitoris, t. i. a filiusfamilias ellen van hozva és ezért van legalább naturalis obligatio. Savigny kimutatta, hogy ez a magyarázat nem helyes. A két SC. különböző hatásának igazi oka az, hogy míg a SC. Velleianumnál az asszony, a ki kezességet vállalt, zálogot adott idegen tartozásért, nem kapott semmit, addig a filiusfamilias igenis megkapta a valutát, a kölcsönösszeget.

d) Az örökös jogosítva van a legatarius terhére levonni a quarta Falcidiát. Ehhez neki joga van, vagyis joga van a hagyományos követelését a hagyománynak erre a részére nem teljesíteni. Ha nem vontá le, naturalis obligatiót teljesített. A német polgári törvénykönyv ellenjavaslatában Behr Ottó is azt proponálta, hogy a hagyomány bizonyos %-jét az örökös levonhassa provisióképen, ezt azonban és helytelenül nem fogadták el.

e) Általában erkölcsi kötelek, a melyeket a jog ugyan nem, de az erkölcs kötelezőknek tart. Ilyen a kártyaadósság, a remuneratorius ajándékozások, azaz oly ajándékozások, a melyeket önszántunkból adunk ugyan, de valamely szolgáltatásért, pl. a kapupénz (ma már civilis obl.), taksán felüli díjazások stb. A források szerint az asszony kötelezettsége a dos adására csak naturalis obligatio (a nő szülőié a lex Julia szerint civilis). Naturalis obligatiók a szokásos alkalmakra való ajándékozások, karácsonyi, újévi ajándékok a cselédnek stb.

Az új német polgári törvénykönyvben a naturalis obligatio kifejezés nem fordul ugyan elő, de azért mégis kénytelen volt a fogalmat elismerni. Pl. az elévült adósságra nézve elismeri mindazt, a mit mi róla mondtunk. Kimondja más példában, hogy az alaktalan szerződés oly esetben, mikor forma lett volna szükséges, pl. ingatlan elidegenítés, ajándékozás, kezesség, a mihez mind közjegyzői okirat kell, nem perelhető, de ha teljesítették, retentio solutinak van helye. Ezt hasonlóképen a játékadósságra is elismeri. A házassági provisio nem kényszeríthető ugyan ki, de ha meg van fizetve, érvényesen van megfizetve. És egyáltalában van benne egy §, a mely szerint, ha ki nem kényszeríthető, követelés teljesítettik, akkor ez vissza nem követelhető, ha a teljesítés az erkölcsi köteletségnek vagy a tisztességnek felelt meg.

117 §. Az obligatio tartalma.

Az obligatio tartalma a muszáj, a debere, a kell, maga a parancs vagy tilalom. Ennek a deberének különböző oldalai vannak. Ezek: ki tartozik teljesíteni, kinek a kezéhez, hol és mikor?

Első kérdés: kinek kezéhez kell a teljesítésnek történnie? A kötelemben mint kötelezett alany az adós áll. De ebből még nem következik,

hogy épen az adósnak kell annak lennie, a ki által a teljesítésnek történnie kell. Az, hogy ő az adós, csak azt jelenti, hogy ha a teljesítés nem történik, a következményekért ő felel. Ép úgy lehetséges, hogy nem a hitelező kezeihez kell a teljesítésnek történnie, és azért a kötelem mégis teljesítve van. Az a kérdés, hogy kinek kezéhez tartozunk teljesíteni, nem minden obligatiónál tehető. Általában csak a voltaképeni dare obligatiónál állitható fel, a non facerere szóló kötelmeknél nem. A darere menő obligatio teljesítésének rendszerint a hitelező kezeihez kell történnie. De ez a hitelező a saját kezeihez csak akkor veheti a szolgáltatást, ha ő elidegenítésre képes. Ez a vagyon felett dispositionális képességet tételez fel, a mi a cselekvési képességnek magasabb foka. Minden solutióban ugyanis lemondás, valamivel való felhagyás van, t. i. lemond a hitelező a kötelemről, felhagy a követeléssel. Ha tehát a hitelező még nem képes alienációra, pl. impubes, akkor a solutio nem az ő kezeihez történik érvényesen, ha mégis neki teljesítek, ha neki adom át az átadandó dolgot, akkor az odaadás által a kötelem nincs teljesítve. Érvényes solutio csak akkor történik, ha annak kezeihez fizet az arra kötelezett, a kinek kezeihez teljesítenie kell. Néha a hitelező, bár képes a teljesítés átvételére, mást hatalmaz fel a szolgáltatás erre, és akkor ennek a másiknak a kezeihez kell a teljesítésnek történnie. A hitelező gyakran magának az adósnak érdekében állit valakit maga mellé, úgy hogy az adós jogosítva van akár a hitelezőnek, akár ennek a másiknak a kezeihez teljesíteni. Ennek a teljesítés átvételére felhatalmazottnak neve: solutionis causa adiectus. Ez azonban nem hitelező, mert bár az adós jogosítva van az ő kezeihez fizetni, ő nincs jogosítva az adóstól a teljesítést követelni, ő nem hitelezőtárs, ő nem perelhet. Ebben különbözik az adstipulator-tól. Az adstipulator maga is stipulal, vagyis az adós neki is igéri annak a teljesítését, a mivel a főhitelezőnek tartozik. Az adstipulator hitelező, a ki a főhitelezővel correalis viszonyban van. Az adstipulator az adóst tehát beperelheti, ép úgy, mint a főhitelező; sőt ha a per a litis contestatioig jutott, az adós már csak a felperes kezeihez teljesíthet, a másik hitelezőnek kezeihez már nem. A solutionis causa adiectus az adós érdekében van felhatalmazva a teljesítés átvételére és ezért, ha ez a felhatalmazás egyszer megtörtént, többé vissza nem vonható. Állithat azonban a hitelező a maga érdekében is valakit, a kinek a kezeihez a teljesítés történjen, ez az assignatarius. Ha ez az assignatio tiszta behajtási mandatum, mandatum accipiendi, akkor ez is visszavonható, de ha ez a megbízás az assignatus az adós érdekében is történik, vagy ez már az assignatariussal szemben kötelezte magát, akkor ez a megbízás többé vissza nem vonható. Az assignatio esetében meg kell különböztetni a mandatumot, a megbízást, a iussustól a felhatalmazástól. Voltaképen két mandatum van itt. Van egy mandatum solvendi, megbízás az adóshoz intézve,

hogy az assignatarius kezéhez fizessen, és egy *mandatum accipiendi*, *mandatum* az assignatarius-hoz intézve, hogy a teljesítést vegye át. Ezek mellett vagy esetleg ezek egyike nélkül is van végre *iussus* felhatalmazás, a hitelezőnek (assignans) egyoldalú akaratnyilvánítása, a melyben az assignatarius kezeihez történő teljesítést érvényesnek elismeri.

Ha a teljesítés nem a legitimálnak kezéhez történik, akkor az adós még mindig benne marad az obligációban. A fizető persze attól, a kinek így fizetett, visszakövetelheti az átszolgáltatott dolgokat *condictio indebiti*vel, ha t. i. tévedésből fizetett neki, vagyis abban a hiszemben, hogy neki tartozik fizetni, ha nem ebben a tévedésben fizetett neki, akkor *condictio sine causá*val élhet. De mindezzel a két keresettel nem magukat a teljesített dolgokat követelheti vissza, hanem csak annyit, a mennyi ezekből a dolgokból az illetőnél ez idő szerint még van. Néha azonban nem legitimálnak kezéhez is lehet érvényesen, azaz úgy fizetni, hogy az adós az obligatio alól liberálódjon. Ha pl. a teljesítés a hitelező hitelezőjének kezéhez történik, és ez a teljesítés *negotiorum gestio*ként vitetik véghez. Ez esetben ennek a teljesítésnek *utiliter gestum*nak kell lennie, mert különben az adós a hitelezője szabójának fizethetne.

Második kérdés: ki köteles teljesíteni? Már előbb mondtuk, hogy az adós szerepe nem az, hogy okvetlenül ő köteles teljesíteni, hanem hogy ő felel a teljesítésért. Én kötelezhetem magam arra, hogy A. fogja ezt meg ezt tenni. (Az újabbak ezt *garantia*-szerződésnek nevezik.) Itt nem én fogok teljesíteni, hanem A., az, hogy én vagyok az adós, csak azt jelenti, hogy ha a teljesítés meg nem történik, engem fog a hitelező beperelhetni, én tőlem fog kártérítést követelhetni. Az adós személye tehát különválasztandó a teljesítő személyétől. Meg kell különböztetnünk a helyettesíthető tárgyú és nem helyettesíthető tárgyú obligációkat. Helyettesíthető tárgyú az, a melyet az adós is, bárki más is teljesíthet. A favágás helyettesíthető, a képfestés nem. A legtöbb *dare* kötelem helyettesíthető, a legtöbb *facere* nem az. Ha a szolgáltatás helyettesíthető, akkor érvényes *solutio* történik, ha bárki teljesít, vagyis az adós bárkinek a *solutió*jával liberálódik, tekintet nélkül arra, hogy a hitelező ebbe a más által történő teljesítésbe beleegyezett-e vagy sem. *Etiam invito debitore vel creditore alius pro alio solvere potest.* Ez de lege ferenda aggályos szabály, mert magának az adósnak sem mindegy, hogy helyette ki fizet. Nem mindegy pedig azért, mert ez a teljesítő harmadik aztán az adós ellen fordulhat *actio negotiorum gestorum contraria*val, még pedig rögtön, elnézés nélkül, ez *materialis* hátrány, és nem mindegy *moraliter* sem. Azt lehetne mondani, hogy a *cessió*nál is, más hitelezőt kapott, a mi ugyanazokkal a hátrányokkal jár. Csakhogy ott legalább a hitelezőnek beleegyezésével történik ez. Aztán meg a cedálás elvét is ki lehet zárni, a mint némelyek szerint az osztr. polg. tk. sem ismeri el a *cessió*t,

ha az az adós beleegyezése nélkül megy végbe. Ez azonban nem kétségtelen. Az osztr. polg. tk. csak azt mondja, hogy ha valaki az adós beleegyezésével fizet, akkor a hitelező köteles rá engedményezni a követelést. Ebből még nem következik, hogy ha az adós nem egyezik bele, a hitelező nem engedményezheti a követelést. A mi az osztr. polg. tk.-ben kétségtelen, az az, hogy ha úgy a hitelező, mint az adós ellenzi, akkor a harmadik a viszonyba bele nem árthatja magát, a mit római jog szerint a helyettesíthető obligatió-nál igenis megtehet. De az újabb törvényhozások is elismerik bizonyos tekintetben a római jogi szabályt, pl. a ius offerendi esetében. Ezt a mi jogunk is elismeri. Ha az adós helyett más valaki, ú. n. harmadik fizet, ennek regressusa tekintetében kérdésessé lesz a viszony közte t. i. a fizető és az adós közt. Ha az adós megbízásából fizetett, actio mandati contrariával kérheti az adóstól a teljesítet, ha nem volt megbízva, actio negotiorum gestorum contrariával léphet fel, ha pedig az adós egyenesen tiltakozott a megfizetés ellen, akkor condictio sine causával fog élhetni azon az alapon, hogy az adós gazdagodott az által, hogy az obligatio alól mentesült. Ha a fizetés a hitelező beleegyezésével történik és ő ennek fejében a követelést a fizetőre engedményezi, akkor ez a fizető az adós ellen ex iure cesso fog felléphetni, vagyis a hitelezőnek keresetével utiliter, bár az actio neve ilyenkor helytelen, mert hiszen az eredeti viszony a fizetéssel megszűnt, és így az eredeti actio sem volna helyesen megindítható.

Harmadik kérdés: mit kell teljesíteni? Erről a kötelem tárgyaként már bőven beszéltünk. Itt még csak annyit kell megjegyeznünk, hogy rendszerint aliud pro alio fizetni nem szabad. Természetesen a felek másra is módosíthatják a kötelem tárgyát. Van azonban eset, mikor a más megfizetése a felek megegyezése nélkül is meg van engedve, pl. a facultas alternativánál. Ez az egyedüli eset. A szabály az, hogy az teljesítendő, a mivel az adós tartozik, ezzel már mondva van, hogy kevesebb nem. Nincs tehát solutio és a hitelező nem esik késelelembe, ha nem fogadja el az olyan teljesítést, a melylyel az adós nem az egész tartozását, hanem annak csak egy részét kínálja fel. A részteljesítésre, a particularis teljesítésre az adósnak joga nincs.

Negyedik kérdés: Mikor kell teljesíteni? Itt meg kell különböztetni, meg van-e határozva az időpont, a mikor a teljesítésnek történnie kell, vagy nincs meghatározva. Ha nincs meghatározva, akkor rendszerint rögtön, quod sine die debetur, statim debetur, hacsak a felek megállapodásából nem világos, hogy nem azonnal, hanem csak post modicum tempus követelhet a hitelező. Így depositumnál, ha idő nincs kikötve, a letett dolog rögtön, azaz bármikor követelhető, már commodatumnál csak akkor, ha az obligatio célja el van érve. Valaminek ingyenes használatba adása persze nem mindig commodatum, lehet precarium is, a mikor is bármikor vissza-

1. a) *dies fixus*.

b) *dies non fixus*.

2. *Kunst Haus zu halten* : *statum de hactenus*

de de hactenus

dies in dubio pro reo est non pro actore

a határnapon csak interpellatio történik, nem uia, csak...

380

interpellatio est de re non de re pro homine.

követelhető a dolog. Lehetséges másodszor, hogy a teljesítés sub die van kikötve. Ez az időhatár megint lehet kétféle. Lehet lényeges alkotó része a szolgáltatásnak, ú. n. dies fixus, pl. ha a bécsi vonathoz való elhajtásra esti 9 órára kocsit rendelek, akkor nem az a szolgáltatás, hogy a kocsi eljöjjön, hanem hogy 9 órakor eljöjjön, mert ha később jön, nem későn teljesített, hanem általában nem teljesített. Így beszélünk a kereskedelmi forgalomban fix vételről, de ez nemcsak ott van, hanem minden obligationál lehetséges. Rendszerint azonban az időhatár nem ily minőségű. A dies in dubio nem dies fixus. Hogy a dies fixus legyen, annak a felek nyilatkozatából ki kell tűnnie. A dies non fixus tekintetében a szabály az, hogy a dies in dubio pro reo est non pro actore. Az adós jogosítva van előbb is teljesíteni, a hitelező azonban előbb nem követelhet. Ez a kérdés nálunk praktikus volt, a mikor a magyar állampapírokat convertálták. A dies non fixusnál a későbbi teljesítés is teljesítés, csak hogy morosus, késedelmes teljesítés. A korábbi teljesítés esetében persze az egész teljesítendő, különben nem teljesítés. Nincs tehát joga az adósnak levonni az interusuriumot, az időközi kamatot. Hogy ő ezt levonhassa, ahhoz a hitelező beleegyezése is kell. Ilyen esetben, és még sok más esetben előfordul az, hogy az interusuriumot ki kell számítani. Így pl. a csőd esetében a hitelező, bár későbbi diesre szól a követelése, rögtön követelhet, de csak az interusurium levonásával. Ezért ennek az interusuriumnak kiszámítása igen fontos. Többféle módon történik. Az egyik mód a Carpzow indítványozta. (Carpzow lipcsei tanár, a ki híressé tette magát az exceptio amorissal, a melyet helyénvalónak talált, mikor valaki idegen hölgyet megcsókolt.) Ezt a módot kis összegeknél szokták használni, és abban áll, hogy a teljesítési végösszegnek a levonási időre eső kamatait vonják be. Ha pl. 100 frtot egy esztendő múlván vagyok köteles teljesíteni, és én ma fizetek interusurium levonásával, akkor a 100 frtnak egy évi kamatját (5%-et véve), tehát 5 frtot vonhatok le, vagyis 95 frtot fizetek. Ez a számítás azonban nem pontos mód. A másik módszer Hoffmanné, ki „Kunst Haus zu halten” című művében úgy számít, hogy keresni kell azt az összeget, a mely 1 év alatt 5% egyszerű kamatozás mellett 100 frtra nő fel, és ezt az összeget kell fizetnem (körülbelül 95 frt 75 kr.). Ezt a módszert tökéletesítette a nagy filosofus Leibnitz, a ki egyszerű kamatozás helyett kamatos kamatot számít.

Ha azonban az adós a dies non fixus esetében nemcsak hogy előbb nem teljesít, hanem még a meghatározott időben sem, akkor az időpont bekövetkeztével még mindig nem esik késedelembe. Késedelmes csak akkor lesz, ha őt a hitelező az esedékességkor, vagy utána teljesítésre felhívja. Ez a felhívás az interpellatio. Rendszerint tehát az interpellatio által válik az adós késedelmessé. A római jog ugyanis a meghatározott időpontot nem úgy fogta fel, hogy ekkor kell az adósnak teljesíteni, hanem hogy csak ekkor interpellálhat

a hitelező. Csak kivételesen, ha különösen benne megegyeznek, áll az a tétel, hogy dies interpellat pro honore. Erről a késedelem tanában.

Ötödik kérdés a teljesítés helye, hol kell teljesíteni? Itt is két eset lehetséges. Vagy meg van határozva a teljesítés helye, vagy nincs. Ha meg van határozva, ott kell teljesíteni, a mely helyben *expressis verbis* vagy *tacite* megegyeztek. Ez a megegyezés értelmezés dolga, a mi néha nem könnyű. Ha cselédet fogadok, hallgatólagos megegyezés az, hogy a szolgálatot ott kell teljesíteni, a hol lakom. De ha már most lakást változtatok, értelmezhető-e megegyezéstünk arra, hogy a cselédnek velem kell jönnie? Ha pl. Pesten maradok, rendszerint igen, ha Budára költözködöm át, még talán ekkor is igen, de már ha Vácra, Bécsbe megyek, akkor nem. Honnan vesszük ezt az interpretatiót? Hiszen a felek erről nem szóltak, talán nem is gondoltak rá. A szerződésből pedig többet nem lehet kivenni, mint a mennyi benne van. Mi szerint interpretálunk tehát? Erre más feleletet adni nem lehet, mint azt, hogy, mikor a felek bizonyos pontok tekintetében hallgatnak, az interpretatio szabálya az, hogy a felek közt ilyenkor az a megállapodás, a mely más felek közt szokott lenni.

A teljesítés helye tehát értelmezés dolga.

A római *stricti iuris* iudiciumokban szabály volt, hogy ha a teljesítés helye meg van határozva, akkor a perlés is csak azon a helyen történhetik. Máshol perelni *pluspetitio loco*. Később ennek a bajnak az orvoslására behoztak *actio arbitraria*. (*Actio arbitraria* tágabb értelemben minden *actio*, melyben arbiterek ítélték, szűkebb értelemben a *naturalis* szolgáltatásra irányuló *actio*, legszűkebb jelentése az, melyről itt szó van.) Ennek az *actiónak* teljes neve: *actio arbitraria de eo quod certo loco dare oportet*. Ennek formulájában a bíró felhatalmazást nyert, hogy *arbitrium* (nem *condemnatio*) formájában, a mely *arbitrium* azonban végrehajtható, hagyja meg alperesnek, hogy felperesnek a perlés helyén teljesítsen, még pedig annyit, a mennyit az a tartozás a helyköz. tekintetbe vételével ér. Az *interesse loci* tekintetbe vétetik és levonhatja a szállítási költségeket is. A *bonae fidei* iudiciumoknál nem kellett *actio arbitraria*, mert a *bonae fidei* iudicium ügyis csak az érdekére marasztal.

Ha a teljesítés helye kikötve nincs, akkor a jog állít fel *dispositiv* szabályokat. Meg kell azonban jegyezni, hogy ha nincs is kikötve a hely, az néha magától értetődik. Már most abban az esetben, ha a teljesítés helye még így sem vehető ki, vagyis a teljesítés itt is, ott is történhetik, mint az rendesen a *tiszta dare* vagy a helyhez nem kötött *facere*nél van, akkor alkalmaztatnak a következő *dispositiv* szabályok:

Az első az, hogy meg kell különböztetnünk a szerződési obligatiókat és a hagyományból eredő obligatiókat. A szerződési obligatióknál ismét külön kell tartani a dare-re, facere-re és restituere-re menő obligatiókat.

I. Szerződési obligatiók teljesítési helye. a) Dare-re menők. Ezeknél ismét meg kell különböztetnünk, vajjon a dare tárgya species-e vagy genus. α) Species-nek adása esetén ismét néznünk kell, vajjon a szerződés megkötésekor a felek tudták-e, hol van a szolgáltatandó species. Ha igen, akkor in dubio ez a hely a teljesítés helye (ker. törv. 323). Ha azonban nem igazolható, hogy a hitelezőnek tudtára adatott-e a szolgáltatandó dolog helye, akkor az adós lakhelye a teljesítés helye. Ez, hogy az adós lakhelye, vagy a dolog tudott létezési helye a teljesítés helye, nemcsak azért fontos, mert elejét veszi a kanapépöröknek, hogy a hitelező menjen-e a dologért, vagy az adós hozza-e el, hanem fontos azért is, sőt főleg azért fontos, hogy sok tekintetben a teljesítés helye a mértékadó. Így pl. az árú jó karban van-e, vagy sem, az a teljesítés helye szerint bírálendő meg. Az átadás, a solutio ott történik. Ha már most pl. az adós szívességből el is hozza az árút a hitelezőhöz, és az útközben elromlik, akkor ő már nem felelős, mert a teljesítés helye nála volt. Az úgynevezett distancz ügyleteknél coulantiából az adós rendszerint elküldi az árút a hitelezőnek (a pesti nagykereskedő debreczeni vevőjének) és nem követeli, hogy ez érte eljőjön, de azért a teljesítés helye mégis az ő lakhelye. A teljesítés helye tehát azért fontos, mert a teljesítésnek összes materiális minőségei a hely szerint ítélandók meg. A ker. törv. mondja is, hogy mikor az eladó szívességből, vagy ha nem is szívességből, hanem kikötésszerűleg elvállalja, hogy az árút nekem elküldi, ebből még nem következik, hogy a teljesítés minősége is az én helyem szerint fog megítéltetni. A romlás veszélyét én viselem, nem az adós. A teljesítésnek jókor kell történnie, még pedig a teljesítés helyén. Ha persze az adós, a ki az árú elküldését elvállalta, a szállítás tekintetében rosszul járt el, ezért felelős lesz, de nem azért, mert nem kellőleg teljesített, hanem mert rosszul csomagolt stb.

β) Ha a dare tárgya generice van meghatározva, akkor ha az ú. n. lokalizált genus, vagyis bizonyos helyen létező faj, pl. egy istállóban levő lovak közül az egyik szolgáltatandó, akkor erre ugyanazok a szabályok állanak, mint a speciesnek dare-jánál. Ha azonban a genus nincs lokalizálva, akkor a teljesítés helye in dubio az adós lakhelye. Kivétel csakis a pénzszolgáltatás tekintetében van, mert ennél in dubio a hitelezőnél van a teljesítés helye. A ker. törv. ismét ez alól is kivételt állapít meg, de ez már nem pandektajogi intézmény, hogy t. i. a bemutatóra szóló papírok, bár pénzszolgáltatások, az adós lakhelyén teljesítendők.

b) A restituere-re menő obligatióknál, vagyis oly kötelmeknél, a melyeknél valamely a hitelező által az adósnak odaadott dolognak visszaadásáról van szó, ismét két esetet kell megkülönböztetnünk, hogy t. i. a szerződés az adósnak vagy a hitelezőnek érdekében kötött-e? Ha a szerződés az adósnak van érdekében pl. a commodatum, mutuum, akkor az adós a dolgot ott köteles visszaadni,

a hol átvette. Persze ez nem áll kivétel nélkül. Ha én az utcán adom a dolgot kölcsön, természetes, hogy nem az utcán kell visszaadni, hanem a hitelező lakhelyén. Ha a szerződés a hitelező érdekében kötött, pl. a depositumnál, a hitelezőnek kell elmennie a dologért az adóshoz. Persze est is cum grano salis kell venni. Ha az adós a maga lakását időközben, még pedig nem közönséges keretben, változtatja, pl. kiköltözik Amerikába, akkor a hitelező nem fog utána menni.

c) A facerere menő obligatiókra általános szabályt felállítani nem lehet. Az ilyen obligatiók oly végtelenül sokfélék, hogy in concreto ex bono et aequo kell megállapítani a teljesítés helyét.

II. *Hagyományoknál* a szabály az, hogy, minthogy a hagyomány mindig a legatarius érdekében van, nem az örökösöknek kell odavinniök a hagyományoshoz, hanem a hagyományosnak kell érte mennie a hagyomány tárgyaért, ott a hol van, az örökösök lakhelyére.

II. FEJEZET. A KÖTELMEK KELETKEZÉSE.

118. §. A kötelmek keletkezése.

Valamint maga az obligatio fogalma rendszerint képletben szokott magyaráztatni, úgy ez a kifejezés is, hogy az obligatio keletkezik, változik, megszűnik, szintén képlet. Az obligatióknak nincs valóságos existenciája, tehát nem keletkezhetik, változhatnak stb. Realiter szólva, mikor az obligatio keletkezéséről beszélünk, azt kellene mondani, hogy vannak tények, a melyek alapján bizonyos személy, melyre az illető tény vonatkozik, bizonyos szolgáltatással tartozik. Ezeket a tényeket a római jog három, illetve négy osztályba sorozta. Gaius a hármas felosztást követi, azt mondván (l. 1. pr. D. 47., 7.), obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio (delicto) aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Iustinianus ezt a harmadik csoportot két részre szakítja, felosztván azt meg: obligationes quae quasi ex contractu és quae quasi ex delicto nascuntur. A kritikát sem a Gaius, sem a Iustinianus felosztása meg nem állja. Gaius-é olyan, mintha az embereket foglalkozásuk szerint felosztanók szabókra, csizmadiákra és egyéb emberekre. A felosztás kimerítő ugyan, de az egyes csoportok aránytalanok. Iustinianus felosztása még hibásabb, mert először is nem kimerítő, nem foglalván magában az egyoldalú ügyletből eredő obligatiókat, hacsak az ex contractu obligationes alatt nem értjük általában a fél akaratából származó obligatiókat, vagyis contractus ügyletet jelentene úgy egy-, mint kétoldalút vagyis szerződést. Nem foglal magában a justinianusi felosztás még egy csomó tény, a melyek a Gaius se hideg, se meleg variae causarum figurae-iben mégis meghúzódhattak, de a Iustinianus osztályozásából kiszorultak, mert sem a szerződések-, sem a delic-

tumokhoz hasonlóan nem szabályoztattak, tehát sem a quasi contractusok, sem quasi delictumok. Iustinianus felosztásának másik hibája az, hogy a harmadik és negyedik csoport és annak elnevezése az említett quasi contractusok és delictumok csoportja nem a keletkeztető tényre, hanem a tartozás szabályozásának minőségére vonatkozik, mert az, hogy quasi contractus nem a keletkeztető tény minőségét jelenti, hanem jelenti azt, hogy vannak obligatiók, melyek nem keletkeztek ugyan szerződésből, de mégis valamely szerződésből eredő obligatio mintájára vannak szabályozva. Mi ezen okokból sem a Gaius, sem a Iustinianus-féle felosztást nem követjük, hanem helyükbe teszünk másikat, szintén hármast, mondván, hogy az obligatio vagy ügyletből, vagy vétségből, vagy oly tényekből keletkezik, melyek az előbbi kettő egyikébe sem tartoznak. Ezt a harmadik csoportot ex lege obligatióknak szokás nevezni. A mi felosztásunk a Gaiuséhoz hasonló és ugyanabban a hibában szenved, de a használtak közt még a legjobb. Igyekeztek ugyanezt a harmadik csoportot, ezt a *variae causarum figurae* vagy mi szerintünk *ex lege* tovább bonczolni, de mindig maradt residuum, úgy hogy a felosztás csak nehezkesebbé, de kimerítőbbé nem lett. Ilyen kísérlet a Baroné, a ki öt osztályt állít fel: 1. szerződés, 2. az adósnak, illetve az örökhagyónak egyoldalú akarata (ez a kettő nálunk együtt alkotja az első csoportot), 3. a bíró akarata, 4. valamely személynek egyoldalú behatolása más személynek jogkörébe, akár jogszerű ez a behatolás (a római quasi contractusok egy része: negotiorum gestio, tutela, cura, communio incidens), akár jogszerűtlen (nálunk és a római felosztásban: *delictum*), 5. pozitív jogszabály. Ez az ötödik megint nem más, mint *variae causarum figurae*, vagy a mi elnevezésünkkel *ex lege obligatiók*.

Ezek a tények, melyeket mi három csoportban foglalunk: ügyletek, vétségek és egyéb tények (*ex lege*), nemcsak kötelemkeletkeztető, hanem változtató és szüntető tények is. Ezek közt a legfontosabb az ügyletek, a melyek közül megint a kétoldalúak, az ú. n. szerződések emelendők ki. Ügylet, szűkebben szerződés nemcsak kötelemkeletkeztető, változtató és szüntető tény, hanem keletkeztet, változtat és megszüntet dologi jogokat, családjogokat stb. is. Az ügyletek, különösen a szerződések tana épen ezért nem az egyik vagy másik alanyi jognál, hanem az általános részben tárgyalandó, egy részét ott is adtuk. De minthogy a szerződés, bár általános érvényű tény, mégis a kötelmi jogban legfontosabb, azért itt adjuk az ügyletek tanának még hátralévő részét, főleg a szerződések tanát.

119. §. A szerződés.

A jogügylet szándékolt joghatású megengedett jogi cselekmény, akaratnyilvánítás. Ez kétféle lehet: egyoldalú, ha csak egy félnek cselekvénye, akaratnyilvánítása, kétoldalú, ha két

félnek egymáshoz irányított, egybehangzó cselekménye, akaratnyilvánítása. A kétoldalú jogügyletet... szerződésnek nevezzük. Kötelmi szerződés már most tehát két vagy több (nem ez a rendes) félnek egybehangzó akarat nyilvánítása, a melyet egymás irányában tesznek abból a célból és azzal a tartalommal, hogy ez által az egyik magát a másikkal szemben, vagy mind a kettő egymással szemben kötelezni akarja a szerint, a mint a szerződés egyoldalú vagy kétoldalú. A két akaratnyilvánítás közül az egyiket ajánlat-nak, a másikat elfogadás-nak hívjuk. Ez ismét képletes kifejezés és viszonylagosan veendő. Ajánlat az az akaratnyilvánítás, a melyik előbb történik, a későbbi az elfogadás. A különbség ajánlat és elfogadás közt nem tartalmi különbség, mert hiszen megegyező akaratnyilvánítást tesznek a felek, hanem csak időbeli differentia. Néha az ajánlat és elfogadás megkülönböztetést nem is lehet megtenni, a mikor ugyanis a két akaratnyilvánítás egyszerre történik, egy időben küldöm én is, ő is az ajánlatot. Sokszor olyképen beszélnek ajánlatról, mintha az tartalmilag ígéres volna. Ez nem helyes, mert én tehetek neked ajánlatot, hogy te ajándékozz nekem, és ha te ígéred, hogy ajándékozol, akkor te elfogadást és nem ajánlatot teszel. Pláne nem lehet ezt mondani, a hol mind a kettő ígér. A két akaratnyilvánításnak, ajánlatnak és elfogadásnak, egymás irányában kell történnie. Néha ez sem áll egészen, legalább nem domborodik ki teljesen és ezért Windscheid ezt a kriteriumot el is ejti, de helytelenül. Mert az bizonyos, hogy ha én x-nek valami, bármily komoly elhatározást mondok, és a másik ugyancsak x-nek mondja a maga elhatározását, az mégsem contractus. Hiába mondom valakinek, hogy én ezt meg ezt a dolgot ennyiért megvenném és a dolog tulajdonosa is ugyanannak beszélgetés közben kijelenti, hogy a dolgot ennyiért eladja, ez mégsem lesz adásvétel, mert a két akaratnyilvánítás nem vonatkozik egymásra, nincs egymáshoz irányítva. Néha azonban ez az egymáshoz irányítás tényleg nem domborodik ki egészen. A házasságkötés úgy történik, hogy úgy a vőlegény, mint a menyasszony az anyakönyvvezetőhöz irányítja a maga akaratnyilvánítását, annak kérdésére mondván az igent. Formailag nem egymáshoz irányítják nyilatkozatukat, tényleg igen. Windscheid e kriterium elejtésével elő akarja készíteni a harmadik előnyére szóló szerződést. Erre azonban szükségünk nincs.

Ez a két nyilatkozat, ha mindjárt egymás irányában kell is hogy történjen, és habár a kettő nélkül szerződésről nem is beszélhetünk, tartalmilag nem egyenlő súlyú. A nagyobb súly azon fekszik, a ki magát kötelezi, mert rendszerint azt, hogy a másik ezt a kötelezést elfogadta, külön nem kell tisztázni. A germán jog ezért rendszeren be is éri a kötelezési akaratnyilvánítással. Sőt Savigny ezt még a római jog szempontjából is tanítja a teljesen ingyenes szerződéseknel. Szerinte a donatio egyoldalú ígéret. Ez azonban

nem a forrásoknak az álláspontja, és de lege ferenda sem helyes, mert nekem nem mindegy, hogy ki ajándékozik nekem és mit. Ha a kötelezési akaratnyilvánítás elég volna és nem szorulna elfogadásra, nekem valaki teszem kéteshírű házat ajándékozhatna. Az egyoldalú ígéret mint elegendő kötelezési alap a római jognak nem álláspontja, azt a germán jog fejlesztette ki. Siegel, bécsi tanárnak van erről a témáról gyönyörű könyvecskéje: *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, a melyben azt fejti ki, hogy voltaképpen csak az adós ígérete lényeges. Ennek a könyvnek nagy kihatása volt az értékpapírok teoriája tekintetében, mert hatása alatt az addig uralkodó ú. n. szerződési theoria helyébe az egyoldalú ígéret elméletét juttatta diadalra. (Nálunk Pósz és Nagy ezt követik.) Jakobi berlini tanár de lege ferenda általában vitatja az egyoldalú ígéret elegendőségét. Ezzel szemben a római jog nemcsak a kétoldalúság elvi álláspontján áll, hanem a két nyilatkozat közül fontosabbnak tekinti a hitelezőét. A római jogban mindig a hitelező beszél az adós nem mond mást, mint a mit a hitelező már megformulázott. Élénken kidomborodik ez a stipulationál, a rómaiak tipikus szerződésénél. Ez a római jog álláspontja nemcsak a kötelmi jog terén, hanem minden jognál az beszél a ki a jogot megszerzi, tehát mintegy a hitelező. Látjuk ezt a mancipationál, az in iure cessionál, nexumnál. Az ellenkező képet nyújtják a germán jogok. Ott az adós nyilatkozata a fő, a mi tartalmilag a mi felfogásunknak is megfelel. Ma a hitelező azt kapja, a mire az adós magát kötelezte, a római jog szerint az adós magát arra kötelezi, a mit a hitelező tőle kíván. A római hódító nemzet, a melynek jelszava mindig: én veszek.

Tartalmilag az ajánlatnak olyannak kell lennie, hogy az elfogadással az obligatio megállapítható legyen. Thöl szerint az ajánlatot úgy kell megformulálni, hogy az elfogadónak csak azt kell rá mondani: igen. Ez többnyire így van, de nincs így mindig. Lehet pl. az ajánlat alternatív, és akkor nem elegendő rá azt mondani, igen.

Az ajánlatot különben meg kell különböztetni egy pár tényállástól, a mely hasonlít rá, de mégsem az. Az első az, hogy az ajánlatot, mint minden jogügyletet meg kell különböztetni a különben hasontartalmú, de nem jogi célzatú cselekvéstől, a mely esetleg ugyanazokban a szavakban nyer kifejezést, mint a lekötelezési célzatú ajánlat. Ha én valakinek azt ígérem, hogy ezt meg ezt a regényt elküldöm neki; ez lehet ajánlat, de lehet pusztán szóbeszéd is. Az pedig nagy baj, hogy ugyanazokkal a szavakkal dolgozunk a jog és a társadalom terén. Már a római forgalom ebben e tekintetben is technikusan járt el, a rómaiaknak voltak specialisan jogi jelentésű szavai, pl. spondeo. Ezzel a szóval a közönséges diskursusból a jog terére léptek. Nálunk tisztán értelmezési kérdés, hogy valamely ígéret, ajánlat jogi lekötelezés-e, vagy sem.

Az ajánlatot meg kell másodszor különböztetni az ajánlattételre való felhívástól. Ez sem akar mást mondani, minthogy valamely nyilatkozat jogi kötelező szándék nélkül történik. A nyilatkozat itt azzal a szándékkal történik, hogy a másik tegyen nekem jogilag lekötelező ajánlatot. Ennek példája a plakátumok, hirdetések. Ezek nem ajánlatok, ezek nem történnek jogi lekötelező szándékkal. A hirdetés csak annyit jelent, hogy jertek hozzám és tegyetek nekem ajánlatot. A judikatura egy ideig ingadozott és a francia gyakorlat ma sincs úgy megállapodva, mint a német és a mienk abban, hogy pl. a kirakatba bizonyos ár megjelölésével kitett dolog, pl. nadrág, még nem ajánlat, melyet a vevő elfogad, hanem csak felszólítása a vevőnek, hogy jöjjön be és ő tegyen ajánlatot. Ez annyiban fontos, hogy, ha én bejövök és kérem azt a 10 frtos nadrágot, akkor a kereskedő mondhatja, nincsen, nem fogadom el az ön ajánlatát, holott ha a kirakat ajánlat volna, ő köteles volna nekem ilyen 10 frtos nadrágot adni. A német és a magyar kereskedelmi törvényben (336. §.) benne van, hogy a hirdetések stb. nem ajánlatok, hacsak expressis verbis ez kitéve nincs. De ha az ilyen felhívások ajánlattételre nem is ajánlatok, még sem jelentéktelen fontosságúak. Fontosságuk abban van, hogy ha ezek alapján később szerződés jön létre és más valamit meg nem állapítanak, a mennyiben a szerződés a hirdetésre, árjegyzékre stb. való vonatkozással kötött, ez a hirdetés, árjegyzék stb. része lesz a szerződés tartalmának, az ú. n. *lex contractus*nak. Ha én a fenti kereskedőhöz bejövök és az mondóm, kérek egy olyan nadrágot, a milyen a kirakatban van és ő ezt elfogadja, akkor ha mást semmit sem beszéltünk, a nadrág minősége ára, stb. a kirakatba tett nadrágéval azonos lesz, vagyis az, a mit az ajánlattételre való felhívás mutat. A vendéglői étlap sem ajánlat, hanem felhívás ajánlattételre (Biermann irt erről a Jhering-féle Jahrbücherekben), és így, ha én az étlap alapján rendelttem valamit, az étlapban foglalt adatok részei lesznek szerződésünk tartalmának. Már a vasúti állomásokon árral ellátott és már ki is készített ételek vagy az automata nem felszólítás ajánlattételre, hanem valóságos ajánlat, és én, a vevő, jelentem ki az elfogadást. Ezeknél a helyzet olyan, hogy ajánlatnak kell minősítenünk, a mi különben csak felhívás volna ajánlattételre. A vasúti állomáson nincs idő az alkudozásra, az automatával meg nincs is kivel alkudozni, nincs kinek megtenni az ajánlatot. Már a tramwaykocsi megint csak felhívás ajánlattételre, az ajánlatot én teszem, a ki rá felszállok, és a kalauz a vasúti társaság nevében ezt az én ajánlatomat elfogadja. Ép ezért lehetséges, hogy ő nem fogadja el, és akkor le kell szállnom, a mi nem volna lehető, ha a vasút tenné az ajánlatot, a mikor az én elfogadásommal, a felszállással, a szerződés perfekt volna. A concurrentia nélkül álló vállalatoknál persze a hatóság jól teszi, ha a vállalatot, pl. a vasutat, hegy tetején egyedül álló vendéglőt kötelezi az általuk tett

ajánlattételre való felhívásnak megfelelő ajánlat elfogadására. Ilyenkor a helyzet az, hogy a vasút a hatósággal kötött pactum de contrahendo in favorem tertii alapján köteles ajánlatomat elfogadni, különben kártérítést tartozik fizetni, de azért ha még sem köti meg velem a szerződést, akkor az nincs megkötve.

Az ajánlatot harmadszor meg kell különböztetnünk a pactum de contrahendo-tól, az előszerződéstől. Ez szerződés az iránt, hogy szerződést fogunk kötni. Ez az életben igen gyakran történik, szerződünk, hogy akkor és akkor fogok neked mutuumot adni. Ez az előszerződés még nem kölcsön, mert a kölcsön csak a dolog átadása által létesül, ez csak pactum de mutuo dando, vagy ha commodatumot ígérünk pactum de commodando. Ha én B.-vel megegyezem, hogy ezt a dolgot ilyen árban fogom eladni, akkor az eladás még nincs megkötve, én csak ad me obligandum vállaltam obligatiót, ez esetben pactum de vendendot kötöttem. Ha az ilyen előszerződést nem teljesíti a fél, vagyis nem köti meg a vállalt szerződést, akkor ezt a vállalt szerződést a birói ítélet fogja suppléálni. Már most a különbség az ajánlat és a pactum de contrahendo közt az, hogy az ajánlat visszavonható mindaddig, míg el nem fogadtatott, a pactum de contrahendot pedig visszavonni nem lehet. A pactum de contrahendot azonban nemcsak az ajánlattól, hanem a kész szerződéstől is meg kell különböztetnünk. Én köthetek szerződést úgy, hogy adok árút, te adsz árt, ez az adásvételi szerződés, és köthetek úgy, hogy csak fogunk adásvételi szerződést kötni. A különbség a kettő közt az, hogy míg az adásvétel alapján én köteles vagyok árút adni, te pedig azt megfizetni, addig a pactum de emendo et vendendonál én köteles vagyok árút adni, ha kívánod, te köteles vagy fizetni, ha úgy kívánnám. A pactum de vendendo et emendo, mint minden pactum de contrahendo az alatt a feltétellel szól si volueris, az obligatio teljesülése a másik félnek akaratától függ. Ilyen különben már az emptio venditio si placuerit vagy ad gustandum, a megtekintésre, próbára való vétel. Másképp van a dolog a realis, vagy bizonyos formában kötendő szerződéseknél. A pactum de commodando az nem si volueris feltétellel kötött commodatum, mert commodatum csak a dolog átadása által jöhet létre. Így pl. a pactum de cambiando sem váltó. Ezeknél a szerződéseknél a pactum de contrahendonak más szerepe van. Ezeknél csak kötelezés valamely kötelelem megállapítására, de még nem maga az a kötelelem, még csak feltételesen sem.

A pactum de contrahendo tanával kapcsolatban igen érdekes kérdés merült fel. Ma a szabály az, hogy mindennemű tartalmú szerződés tisztán consensualiter megköthető, mihelyt A. és B. valamiben megegyeztek, ebből obligatio támad. Már most ennek alapján, nem lehet-e ma megkötni tisztán consensualiter azokat a szerződéseket, a melyek a római jogban realisak voltak, azaz a melyeknél a római jog a pusztá megegyezést elegendőnek nem tartotta,

hanem a dolog átadását is megkivánta? Nem-e lehet mondani, hogy a commodatum, mutuum, depositum stb. is consensualiter jöhet létre? Vagyis nem lehet-e mondani, hogy a depositum, mutuum stb. már a pactum de mutuando, de deponendo stb.-vel létrejött? Vagyis nem lehet-e mondani, hogy a mutuum, commodatum stb. consensualis szerződések, a melyek épen olyan tartalmúak, mint a locatio conductio rei, csak hogy nem járnak ellenszolgáltatással, bérrel? Hiszen, ha a commodatumot elkülönítjük a pactum de commodandotól, akkor a locatio conductiónál is lehet úgy okoskodni, hogy a consensualis locatio conductio csak pactum de locando, illetve de conducendo, de a valóságos obligatio csak a dolog átadásával jön létre. Már pedig a római jog ezt a locatio conductiónál nem teszi, nem szakítja szét két contractusra, consensualisra és realisra, hanem egynek veszi. Ezen az alapon az újabb írók felállítják azt a tételt, hogy realis contractusokra csak a rómaiaknál volt szükség, a kik nem ismerték el, hogy a puszta consensus minden esetben kötelező tartalmú legyen. De ma, mikor a puszta consensus bármily tartalmú obligatiót szülhet, realis contractusokra szükség nincsen. Ez a nézet a törvényhozásba is bevette magát, úgy hogy a svájci kötelmi jog és a drezdai javaslat realis contractusokról nem is szól. De bármily elterjedt is ez a nézet, az egész nem egyéb nagy tévedésnél. Igaz csak annyi, hogy ma a mutuum és a többi realis szerződés consensualiter is jöhet létre, realiter is. A felek akaratától függ, akkor akarják-e a kötelezést létesíteni, mikor a dolgot átadják, vagy már akkor, mikor a consensust létrehozták. Ez ma az uralkodó tan, a melylyel persze az interpretationalis nehézségek ismét szaporodtak. Annak pedig, hogy a mutuumot stb. realis szerződésként is elismerjük, nemcsak consensualisként, mint az újabbak akarják nemcsak theoretikus, hanem praktikus következményei is vannak. Ha mutuum, mint realis szerződés alapján perelek, akkor nekem kell a pénz átadását bizonyítanom, ha azonban csupán consensualis volt a kölcsön, nekem csak mutuus consensust kell bizonyítanom, a mivel szemben alperes exceptio non adimpleti contractussal élhet (a realis mutuumnál erről szó sem lehet). Ennélfogva realisnak véve a contractust, a keresetnek nem helyes substantiálása alapján, ha t. i. a pénz átadását nem bizonyítottam be, fognak elutasítani, consensualisnak véve, ezért csak alperes kívánságára fognak elutasítani, ha t. i. a fenti exceptiót emeli. Ha nem emeli, őt elmarasztalják, még ha nem is kapott kölcsönt. Fontos a különbség a makacsság tekintetében is. Alperes makacsság esetében még akkor is el fog marasztaltatni, ha felperes nem is bizonyítja be, hogy a valutát átadta.

A szerződést alkotó két akaratnyilvánítás közül a később történt elfogadásnak nevezzük. Az elfogadási nyilatkozat csak időben különbözik az ajánlattól, nem tartalmilag. Az elfogadásra nézve a szabály az, hogy az elfogadásnak azonnal kell megtörténnie (ker.

törv. 314. és 315. §§.), mert ha az ajánlat nem fogadtatik el azonnal, akkor megszűnik ajánlat lenni, és későbbi elfogadással nem lesz szerződésé. Ha az elfogadás úgy történik, hogy az ajánlaton egyet-mást modificál, akkor az nem elfogadás, hanem új ajánlat, a melyet az első ajánlattevője fogadhat el vagy utasíthat vissza. Ez fontos az értelmezés szempontjából.

Az elfogadás megkülönböztetendő attól, a mikor a felek csak alkudoznak a nélkül, hogy az egyik vagy a másik fél kötelezni akarná magát. Ezek a *tractatusok*, a melyek a szerződési nyilatkozatoknak csak előkészítői. Míg a *tractatus* kevesebb, mint szerződési nyilatkozat, addig a *punctatio* már az, még pedig szerződési résznyilatkozat. Ha A. és B. valami contractust, köznyelven üzletet akarnak megkötni, akkor az egyezés csak darabonként történhetik, előbb a minőséget, aztán az árt, időt, helyet stb. kell meghatározni. Ha már most a felek nem egyszerre, hanem darabonként kötik meg a szerződést azzal a szándékkal, hogy ezeket az egyes pontokat kötelező erőre emeljék, az ilyen szerződési pontok a *punctatiók*. Ha a felek egyes pontokra nézve megegyeztek és feltétlenül megegyeztek abban, hogy a szerződést megkötik, akkor a többi pontra nézve nem is kell megegyezniök. Azokra nézve felfüggeszthetik a megegyezést, és vagy dispositiv szabályra, vagy a boni viri arbitriumára bízhatják. Ilyenkor ismét értelmezési kérdés, hogy egyes pontokban való megegyezés esetén a felek már megkötötték-e a szerződést?

Az ajánlat az elfogadásig visszavonható, csak az elfogadástól kezdve köt. Megesik azonban, hogy az ajánlatot az adressatus még nem fogadta ugyan el, de bízva benne kiadásokba verte magát, mikor csak egyszerre az ajánlatot tevő visszalép. Követelhető-e az ajánlattevőn a visszavonás által okozott kár? Ihering szerint bár a tett ajánlat, ígéret visszavonható, mégis a másíknak bona fide tett kiadásai megtérítendőek. Nem azt kell az ajánlattevőnek megtérítenie, a mi az adressatusnak lett volna, ha a szerződés létrejött volna, hanem csak azt, a mi neki meg lett volna, ha az ajánlat meg nem történt volna. Ez a *negativ kárnak* a megtérítése szemben a positiv érdektérítéssel. Wächter szerint az ajánlattevő semmivel sem tartozik, mert vagy van joga, ajánlatát visszavonni, vagy nincs. A német polg. tk. Ihering nézetét acceptálta, a melyet ő a források alapján is igyekezett bebizonyítani a culpa in contrahendoról értekezvén.

120. §. A szerződés formája.

Mint már előbb mondtuk, a szerződés tana általános érvényű tan, és így az általános részbe való. A szerződés, tágabban az akaratnyilvánítás formájáról is tehát ott kell beszélni. Ezt mi úgy is tettük (l. 62—66. l.). Itt csak néhány a szerződésre specialisan

vonatkozó tételt fogunk kifejteni, a mikre ott, mivel a jogügyletről általában volt csak szó, rá nem térhettünk. Zittelmann Ernő, bonni tanár irt vastag könyvet *Irrthum und Rechtsgeschäft* czímen, a melyben kifejti, hogy psychologice véve mi a szándék, a szándék és akarat közt mi az összefüggés, ez az akarat az ideg- és izomműködés alapján hogy közöltetik a külvilággal, és hogy ez a közlés mindig valami testi magatartás, akár élő vagy irt szóban, akár gestusban nyilvánul is az akarat. Hogy mely testi magatartások alkalmasak arra, hogy akaratomat kifejezzék, azt nem a jog, hanem az élet állapítja meg, a jog csak az élet megállapította módokat próbálja csoportosítani. A jog csak oly módon nyúl bele ebbe a kérdésbe szabályozólag, hogy bizonyos tartalmú akaratnyilatkozatokra bizonyos formát rendel. Mikor a jog rendeleténél fogva bizonyos tartalmú ajánlatra vagy elfogadásra nem minden lehető mód van megengedve, hanem csak egy vagy több bizonyos forma, akkor formalis szerződésről beszélünk. A szerződési nyilatkozat tehát történhetik vagy alaktalanul, azaz bármilyen módon, vagy történhetik formásan, azaz csak egy vagy több bizonyos módon. Ma a szabály az, hogy ajánlat és elfogadás alaktalanul történhetik. A régi jogban az ellenkező volt a szabály.

Az akaratnyilvánítás rendes formái: jelenlevők közt élőszó, távollevők közt írás, ezeken kívül gestusok. Ez utóbbiaknak, melyeket némelyek tettleges akaratnyilatkozatnak is hívnak (*Windscheid*nak is, *Hartmann*nak is van egy műve: „*Werk und Wille*”), se szeri se száma. Ezek sorában ismét van egy sajátzerű: a hallgatás. Volta-képen passiv magatartásnak kellene nevezni. *Ehrlich* bécsi tanár irt róla művet: *Die stillschweigende Willenserklärung*. A hallgatás vagy szándékos, hogy a másik ebből az én akaratomat megértse, vagy merően szándék nélkül történhetik. Ha szándékosan hallgatok, akkor a hallgatás valóságos tett, cselekmény. Ilyenkor beszélhetünk a hallgatásról, mint cselekményről, mint akaratnyilatkozatról. De mikor valaki minden szándék nélkül hallgat, akkor az nem akaratnyilvánítás. Ez volna a leglogikusabb elbirálása a hallgatásnak. Mindamellett mégsem fogadható el, mert a másik fél sohasem tudhatja, vajjon szándékos-e a hallgatás vagy sem? Tehát nem a belső szándékot kell venni, hanem azt kell néznünk, hogy annak a személynek, a ki a hallgatóval szemben áll, átlagos eszű és tisztességű emberként eljárva azt kellett-e gondolnia, hogy ez a másik szándékosan hallgat-e vagy sem? Ez azonban még mindig nem válasz arra a kérdésre, hogy mikor kell a másinak hallgatását elfogadásnak, mikor visszautasításnak venni. Ez a kérdés különben nemcsak a hallgatásnál, hanem sok más gestusnál is felmerül. És erre a kérdésre az összes nyilatkozási körülmények értelmezése adja meg csak esetről esetre a feleletet. A szó, írás, hallgatás mellé sokan a lehető akaratnyilatkozatoknak még negyedik esetét is megkülönböztetik, a melyet mások a hallgatólagos akaratnyilvá-

nítás fejezete alá soroznak, holott egészen más. Erre példák: én a másiknak házába bort küldök és ő azt kiissza, vagy levél útján ruhát rendelek és a szabó rögtön kiszabja. Ezekből a cselekményekből ki lehet olvasni, hogy adásvételi ajánlatom elfogadtatott, de ennél még több is van benne. Elfogadás történt, de nem velem szemben, pedig a szerződés két egymáshoz irányított akaratnyilvánítás. Ezek azok az esetek, a melyeket Becker *Realofferte*- és *Realaccepte*-nek nevez. Ezek nem a másik félhez irányított, hanem egyoldalú nyilatkozatok. Ilyen esetben tehát vagy azt kell mondanunk, hogy itt nincs szerződéssel dolgunk, hanem csak valami szerződésfélével, mint Hartmann-Pferscher és mások mondják, vagy tagítanunk kell a szerződési akaratnyilatkozatok fogalmán és Windscheid tana szerint el kell ejtenünk az egymáshoz irányítottság követelményét. Hogy ez utóbbi megint nem helyes, már föntebb kimutattuk. Itt minden esetre a szerződési theoriának egy hézaga van.

Míg ma szabály szerint ajánlat és elfogadás bármi módon történhetik és csak bizonyos esetei vannak annak, hogy vagy az ajánlatnak, vagy az elfogadásnak, vagy mind a kettőnek bizonyos formában kell megtörténnie, addig a római jogban még a végső stadiumban is csak négy szerződés az, a mely bármilyen formában jöhet létre, a melynél tehát a puszta consensus elegendő. Ez a négy úgynevezett consensualis szerződés: az emptio venditio, locatio conductio, societas és mandatum. Minden egyéb szerződésnek előírt formája van. Így a realcontractusoknak formája az, hogy a dolog átadassék. Itt tehát nem elég a két fél akaratmegegyezése, consensusa, hanem azonfelül az is kell, hogy ez a megegyezés magának a dolognak átadásában nyilvánuljon. Ezek a realszerződések vagy nominatik voltak, ezek a régiebbek, t. i. a belőlük származott obligatióknak külön-külön kereset felelt meg, ilyenek a mutuum, a commodatum, a depositum és a contractus pigneraticius, vagy innominatik, azaz az egyes obligatióknak nem felelt meg külön kereset, és így a tényállást praescriptio pro actore-ban kellett adni, innen közös actiójuk neve: actio praescriptis verbis, ilyen a csere, a bizomány stb. Míg ma, hacsak a szerződésnek különös formája előírva nincsen, minden szerződés a puszta consensussal perfect, addig a rómaiaknál, ha más forma előírva nincs, mint a realiseknél és a régi litteralis contractusnál, vagy a formátlanság megengedve nincs, mint a consensualis contractusoknál, minden szerződés szóbeli szerződés formájában, azaz bizonyos szavak használata mellett volt kötendő. Ez a szóbeli szerződés a stipulatio. Ez a római szerződés typusa. Annyira az, hogy a római jogi theoria a kötelmi jognak szinte egész tanát a stipulatio formájában fejlesztette ki. Az obligatióban álló feleket a stipulatiónak megfelelőleg reus stipulandi- és promittendinek hívja, nem beszél egyetemleges, érvénytelen stb. obligatióról, hanem de duobus reis stipulandi et promittendi, de inutilibus stipulationibus stb. Ennek a stipulatiónak a fejlődése,

[illegible]

akkor bár a másiktól a viszontteljesítést nem követelhetette, mert hiszen a pactumból jog nem keletkezik, mégis azt nyerte, hogy a maga teljesítését *condictio sine causával* visszakövetelhetette. Később már azt is megnyerte, hogy az ellenszolgáltatást is követelhetette, a mely elismerésben, a mint azt Karlova, Lenel kimutatják, először a bizományi szerződés (*contractus aestimatorius*) részesült, a melyet aztán több és több hasonló, t. i. egyik részről már teljesített pactum követett különösen Lablo tekintélye alapján. Ily módon ezek az egyik részről már teljesített *synallagmatikus pactumok contractusokká* lettek, még pedig *realisakká*, mert hiszen csak egyik fél teljesítése által jönnek létre, és ezek azok, melyeket főntebb *innominat realcontractusoknak* neveztünk.) Ezeknek a pacta vestitanak félreértése egyrészt, másrészt meg ezeknek egyenesen az eddigi határokon túl kiterjesztési tendenciaja, továbbá a kánonjog befolyása, a mely az egyház számára való lekötéseket alaktalan módon is elismerte, aztán az egyház philosophiája is, a mely az akaratot kezdte hangsúlyozni a nyilatkozattal szemben, a mely a belső gondolkodást, szándékot, akaratot fontosabbnak találta a külső cselekménynél, — ezek voltak azok a tényezők, a melyek alapján a *stipulatio*, a rendes szerződés írásbeli jellegéből kivetközött. Ehhez hozzájárult még az észjogászok szabadakarati theoriája, a mely aztán végleg azt az elvet juttatta diadalra, hogy a puszta akaratmegegyezés elegendő a szerződés létrehozatalára. Úgy, hogy ma szabály az, hogy minden tartalmú szerződés puszta megegyezéssel, *nudum pactummal* létesíthető. A mint tehát a római szerződés typusa *stipulatio*, úgy a maié a *consensualis contractus*, az alaktalan szerződés. Ma kivételesek az alaki szerződések, vagyis csak egy vagy több előirt formában köthető szerződések. Hogy mi a forma (a mely nem mindig ünnepeles azért), előírásnak a célja, erről már a 65. oldalon szóltunk. Persze az ott kifejtett cél kedvéért az alakszerűséget túlhajtani nem szabad. Így pl. a porosz Landrecht behozta a mult század végén azt a szabályt, hogy minden szerződés, melynek tárgya 70 tallért meghalad, csak úgy érvényesíthető, ha írásba van foglalva. Nagy Frigyes ezzel a könnyű bebizonyíthatóságot akarta elérni. Maig is létezik ez a §, de senki sem vesz róla tudomást. Ugyanott azt is láttuk, hogy a régi jogok ügyletei is formalisak, nem a mai célzattal, hanem a ceremóniához való naiv ragaszkodás miatt. Jhering kimutatta, hogy, ha a római jogban egy célra több ügylet szolgál (a mi a római jogban gyakori tünemény), akkor a formalis mindig a régibb.

A formának, ha az elő van írva, többféle hatása lehet. Lehet az, hogy ha a felek az előirt formát nem valósítják meg, akkor az ügylet hatálytalan. Ez a voltaképeni formai jogügylet, a melynél a forma lényeges, *joglétesítő forma*. Lehet a formának az a jelentősége, hogy a jogügylet a nélkül is létrejöhet, de bizonyítani ezt a jogügyletet csak ebben a formában lehet. Ez a *bizonyítási forma*.

A közjegyzői novellában (1886: VII.) elő vannak sorolva azok az ügyletek, melyek csak közjegyző előtt érvényesek. Ezek igazán alaki jogügyletek. De már a következő §. arról szól, hogy a következő esetekben, a melyeket ott felsorol, bizonyítékul csak közjegyzői okirat használható. Itt tehát nem érvényességi alakról, hanem bizonyítási formáról van szó. A joglétesítő vagy érvényességi forma nem mindig bizonyító forma is. A végrendelet csak bizonyos alakban jöhet létre, különben nem végrendelet, de ha egyszer a végrendelet létre jött, az lesz az örökös, a ki benne ki van nevezve, még ha a végrendelet el is veszett volna. Ma a házasság csak úgy jön létre, ha két tanú jelenlétében az anyakönyvvezető előtt köttetik, tehát a két tanú érvényességi forma, de ha a házasság egyszer így létrejött, más is bizonyíthatja létesülését, nemcsak ez a két tanú. (A házasságkötésnél különben vitás kérdés a hatósági személynek, mint formának jelentősége. Vajjon közreműködő személy-e a szerződésnél, vagy csak adressatus, a kihez a két szerződéskötő fél a maga akaratnyilvánítását irányítja. A helyes nézet szerint csak adressatus, de némi közreműködési részesedéssel. Ha t. i. pl. a tisztviselő holtrészeg, vagy absolute süket, akkor az előtte kötött házasság nem érvényes. A régi német házassági törvény szerint közreműködő fél.) Az előirt formának lehető harmadik szerepe az, hogy néha nem elegendő, hogy a forma pl. az írás a szerződéskötéskor megvolt, hanem a formának további fenmaradása is szükséges, a szerződés, vagy tágabban a jogügylet csak addig existál, míg a forma megvan. Ilyen pl. a váltó. Ez *joghordozó vagy jogmegtestesítő forma*.

Valamely szerződésnek a formáját, vagy a törvény, t. i. jogszabály rendeli, vagy a felek állapodnak meg előre abban, hogy a szerződést bizonyos formában fogják megkötni. Ha a törvény rendeli, nézni kell, hogy azt mint érvényességi, bizonyítási vagy megtestesítő formát kívánja-e. A mikor a felek állapodnak meg előre a formában, akkor ennek kétféle értelme lehet. Vagy azt jelenti, hogy a szerződés majd csak a forma létesítésével jöjjön létre, vagy jelentheti azt, hogy a felek már formátlanul megkötötték a szerződést és csak a bizonyítás kedvéért fognak erről a már különben érvényes szerződésről formát, pl. írást felvenni. In dubio az elv az, hogy a felek nem akarnak előbb kötve lenni, csak a forma létrejöttével.

121. §. Távollevők közti szerződés.

Arra a kérdésre, hogy mely időpontban jött létre a szerződés, felelet: abban a pillanatban, a mikor az elfogadási nyilatkozat a másik féllel szemben érthetően kinyilvánított. Ebből következik a forrásoknak az a döntése, hogy ha süket ember stipulál a másiktól valami szolgáltatást és a másik megadja a promittáló választ, a

szerződés még sem jön létre, mert a süket ezt a promissiót meg nem értette. De ha az elfogadó az ajánlatot, az ajánló az elfogadást megérti, akkor a szerződés az elfogadás pillanatában létrejön. Így van ez jelenlevők közt. De vajjon mikor létesül a szerződés távollevők közt. A. 1-én elküldi az ajánlatot, ez a destinált helyre 2-án érkezik meg, B. elolvassa 3-án, 4-én válaszol rá, 5-én elküldi a választ, ez 6-án érkezik A.-hoz, ki azt 7-én elolvassa. Már most ebben a példában mikor jön létre a szerződés? Mert a szerződés létrejövetelének ideje fontos sok tekintetben, pl. a veszély tekintetében. Ha adásvételről van szó és a dolog 5-én per casum tönkre megy, akkor, ha a szerződés csak 7-én jönne létre, a veszélyt még az eladó viselné, de ha már 4-én létrejön, a veszélyt a vevő viseli. Fontos a távollevők közt az, a kérdés is, hogy az ajánlattevő mikor vonhatja vissza ajánlatát? A szabály az, hogy az ajánlat visszavonható mindaddig, míg a másik azt el nem fogadta. De mikor tekinthetjük az ajánlatot elfogadottnak, 2-án, mikor megérkezett, 3-án, mikor tudomásul vette stb.? Ez a kérdés igen gazdag irodalmat teremtett, a melynek eredményeit úgy a keresk. jog, mint az új német polg. tk. is átvette. Tisztán formális szempontból, ha a szerződéskötés általános szabályát a távollevők közti szerződésnél mereven akarjuk alkalmazni, akkor a szerződés az elfogadás tudomásul vételével volna megkötve. E szerint csak az ajánlón állana a szerződés megkötése, mert akkorra választaná az ajánlata elfogadását, tartalmazó levél elolvasását, a mikorra neki csak tetszik. Megjegyzendő, hogy a távollevők közti szerződést nem a distantia loci teszi, hanem az a körülmény, hogy az ajánlat és elfogadás közvetlen perceptiója lebetetlen. Ezért a telefon útján kötött szerződés nem távol-, hanem jelenlevők közti szerződés. Ha A. hozzám képviselőjét küldi, akkor a szerződés inter praesentes, ha nuntiusát, akkor inter absentes megy végbe.

A kérdés tehát az, hogy ilyen inter absentes kötött szerződés mikor jön létre és meddig vonhatja vissza az ajánlattevő a maga ajánlatát? Az e kérdésekre vonatkozó elméleteket két csoportra lehet beosztani. Az egyik csoport azt mondja, hogy a szerződés mind a két félre nézve egy és ugyanazon időben, egy pillanatban jön létre és eddig a pillanatig sem A. sem B. nincs kötve. Ezt az elméletcsoportot a *szerződés együttes perfectiója elméletének* lehet nevezni. A másik csoport a *szerződés successiv létrejöttének* elmélete, t. i. az egyik fél előbb van kötve, mint a másik.

Az *együttes perfectio* csoportjában ismét háromféle elméletet kell megkülönböztetni. Mindezek az elméletek az eredmények vizsgálatából eredtek, mert a források e kérdésben nem nyilatkoznak. Az első elmélet abból indul ki, a mit mi az inter praesentes szerződésre mondtunk. Szerinte a szerződés akkor létesül, ha az elfogadás tudomásul vétetett. Ez a *tudomásulvétel theoriája* (Vernehmungs-, Recognitionstheorie). Ez ellen az elmélet ellen, melyet Wächter vall,

... perfectio.

gyakorlati aggályok szólnak. Az ajánlattevőnek adja kezébe, hogy mikor tegye perfectté a szerződést és mindaddig vissza is vonhatja ajánlatát. Az elfogadó ki van szolgáltatva az ajánlattevőnek. Ezért ez az elmélet el nem fogadható és így az inter absentes szerződésekre vonatkozólag kivételt kell tennünk az általános szabály alól. Azt teszi is a többi elmélet mind. A második idevágó elmélet azt mondja, hogy nem az elfogadás tudomásulvételének pillanatában jön létre a szerződés, hanem akkor, a mikor az ajánlattevő abban a helyzetben van, hogy az elfogadást tudomásul vehesse. Ha az elfogadó levél megérkezett, hiába nem bontja fel, már megérkezésével perfect a szerződés. Ez az *Empfangstheorie, declarationalis elmélet*, melyet Dernburg is vall. Ez ellen azt lehet mondani, hogy az ajánlattevő visszavonhatja a maga ajánlatát a válasz megérkezétségig, bár az elfogadás már el van küldve. Ha tehát az ajánlattevő a maga ajánlatát az elfogadás megérkezése előtt 1 órával visszavonja, a szerződés nem jön létre. Itt még mindig jobb helyzetben van az ajánlattevő. Aztán meg ez a felfogás logikai szempontból is sok kívánni valót hagy hátra. Ha mi abból indulunk ki, hogy a szerződéshez az kell, hogy mind a két fél egymás akaratát megtudja, akkor ez az elmélet meg nem állhat, mert a levél, a hírnök megjöttével az ajánlatot tevő még nem tudja meg az elfogadó akaratát. Az akarat valóságos megtudását ez az elmélet fictióval pótolja. A harmadik theoria az *Äusserungstheorie, nyilvánítási elmélet*, melynek híve Thöl. E szerint a szerződés létrejön, mihelyt az elfogadó az elfogadási nyilatkozatot megteszi, pl. a levelet megírja. Ez teljesen indokolatlan megoldás. Hisz az ajánlattevőnek itt még sejtelve sincs arról, hogy mikortól fogva van kötve. Ez logikailag még rosszabb, mint a második.

Ezzel a három elmélettel szemben áll a másik csoport: a *successiv perfectiónak* elmélete. Ez abból indul ki, hogy azt a kérdést, hogy az egész szerződés mikor jön létre, nem kell összezavarni azzal a másik kérdéssel, hogy mikor revocalhatja az ajánlattevő a maga ajánlatát. A szerződés ugyan egy pillanatban jön létre, de azért képzelhető, sőt a gyakorlati következmények egyenesen megkívánják, hogy az ajánlattevőt előbb tekintsük megkötöttnek, semmint a szerződés létrejött. Az ajánlattevő e szerint előbb volna kötve, mint az elfogadó. Ezt az elméletet Jhering és Windscheid vallják. Windscheid szerint az ajánlattevő meg van kötve, mihelyt az elfogadó elküldte a maga elfogadási nyilatkozatát, a szerződés pedig akkor kész, ha az ajánlattevőnek az elfogadás tudomására jutott. Az elfogadó tehát a maga nyilatkozatát annak megtétele után még mindig visszavonhatja, mindaddig, míg az az ajánlattevőnek tudomására nem jutott. Ezt Windscheid azzal okolja meg, hogy az ajánlat is visszavonható az elfogadás elküldéseig, a meddig t. i. az elfogadó a maga részéről mindent megtett, a mit a szerződés megkötéséhez tennie kell, aztán meg nem történik az ajánlattevőn semmi iniuria,

ha az elfogadó a maga nyilatkozatát visszavonja, mielőtt ő azt tudomásul vette volna. Ebben az elméletben azonban indokolatlan az, hogy a két félre nézve más-más álláspontra helyezkedik. Az ajánlattevő kötve van, ha az elfogadó elküldte a választ, miért ne legyen az elfogadó kötve, ha az ajánlattevő kézhez vette, vagyis tudomásul vehette volna a választ. Itt már nem vethető ellen, hogy ez illogikus, hogy hiszen ekkor az ajánlattevő valójában nem ismeri az elfogadó akaratát, már pedig addig nem lehet szerződés. Nem vethető ellen azért, mert a *successiv perfectio theoria* a szerződést felbontja két egyoldalú jogügyletre, a minthogy valóban az ajánlat is, az elfogadás is ép oly egyoldalú jogügylet, mint akár a végrendelet.

A távollevők közti szerződésre vonatkozó theoriák közül a *successiv perfectio* elméletének van igaza, vagyis az ajánlattevő előbb van kötve mint az elfogadó, nem pedig egyszerre. Arra, hogy a szerződésben álló felek nem egyszerre köteleztetnek, a jog más területén is van példa. A kiskorúval kötött kétoldalú szerződés *negotium claudicans*, az egyik felet rögtön köti, a kiskorút csak akkor, ha a gondnok a szerződést jóváhagyja. Vagy pl. több condominus közül az egyik szolgalmat constituál valakinek bizonyos összegért a közös dolgon. A szolgalmas rögtön kötve van, a condominus kötöttsége függ a társtulajdonosok beleegyezésétől. A mi ker. törvényünk is ezt a *successiv theoriát* vallja a 315—318. §-ban csekély változtatásával a Jhering-Windscheid-féle theoriának. A *successiv theoria* helyes formában tehát az, hogy mindegyik fél kötve van mihelyt az ő nyilatkozata a másiknak tudomására jutott, vagy juthatott volna, csak ennyig vonhatja vissza a maga ajánlatát. Ez sincs minden önkényesség nélkül. Pl. A. elküldi a maga ajánlatát B.-nek, ez csak holnap 12 órakor kapja kézhez, addig A. mindig visszavonhatja. Ha ellenben A. és B. ugyanabban a városban lakik, és A. hordárral küldi el az ajánlatot B. lakására, a hol leteszi, mert B. nincs otthon. A. most már nem vonhatja vissza az ajánlatot, még ha B. csak másnap délben kapja is kézhez. Pedig hát semmi iniuria sem történik B.-n, ha olyat vesznek el tőle, a miről még nem tudott.

122. §. A szerződéskötésnek egyes különös módjai.

Egymást keresztező ajánlatok. (Doppelantrag.) Ez a kérdés az irodalomban, a praxisban is nehézséget okozott. Némelyek szerint ez nem szerződés, és ezt a nézetüket arra alapítják, hogy elfogadásról csak ott lehet szó, a hol ajánlat történt. Pl. én a vasúton kiáltok: hordár, és ugyanabban a pillanatban nem kiáltásomra felelve, hanem azzal egyidejűleg hordár ajánlkozik. Itt két egybehangzó ajánlat történt, egyik sem elfogadás, mert egyidejűleg történtek. A német polg. tvk. a kettős ajánlatot elismeri szerződésnek, szerinte az egyik nyilatkozatot elfogadásnak kell convertálni. Ilyen

eset az is, ha A. B.-nek elküldi az ajánlatot, B. mielőtt még A.-nak ajánlatáról tudna, ettől függetlenül A.-nak szintén ajánlatot tesz, a mely, ha később történt volna, az A. ajánlatának elfogadása lehetett volna. A német polg. tk. ezt szerződésnek minősíti. Persze képzelhető, hogy in concreto én csak akkor akarom a szerződést, ha ajánló vagyok, mint elfogadó nem akarok szerepelni. Leonhard az ő könyvében „Der Irrthum“ mondja, hogy a vőlegénynek nem mindegy, ő veszi-e el a lányt, vagy vele vétetik-e el a lányt. De hát az ilyen esetektől eltekintve rendszerint mondhatni, hogy a kettős ajánlat esetén a szerződés létrejön. Ez tehát abban különbözik a rendes sehemától, hogy itt az időbeli távolság hiányzik.

Néha az ajánlattevő nem is várja, hogy a másik fél vele az elfogadást közölje és ha vár is, belenyugszik abba, hogy a szerződés hamarabb jöjjön létre, mintsem ő a választ megkapná. Ez az az eset, mikor az ajánlattevő expressis verbis vagy szokásszerű értelmezéssel lemond arról, hogy B. vele az elfogadást közölje. A bank sorsjegyeket küld és azt írja, hogy a válasz szükségtelen. Ha én semmit sem teszek, hagyom magamnál a sorsjegyeket heverni, és a bank tőlem a vételárat kéri, én megtagadhatom, mert ő engem semminemű válaszra, tehát az el nem fogadás közlésére sem kötelezhet. Az hogy a bank választ nem vár, az nem erre vonatkozik, hanem arra, hogy ha én valami cselekedettel ténylegesen elfogadom az ajánlatot, pl. a sorsjegyeket tovább ajándékozom, akkor ezt vele nem kell közölnöm. Az új német polg. tk. szerint a szerződés meg van kötve, mihelyt az ajánlatot valami cselekménnyel, tettel elfogadtam. Ez ellen azonban több aggály merül fel. Ha én a sorsjegyeket elajándékozom, de 5 percz múlva visszaveszem, a sorsjegyek már el vannak fogadva, én már azokat vissza nem küldhetem, a szerződést vissza nem meneszthetem. Vagy más példában: a könyvkereskedőm küldte könyveket beteszem a szekrényembe, bevezetem a jegyzékembe, ezzel a szerződés meg van kötve. 5 percz múlva meggondolom, kitörlöm őket a jegyzékből — hiába, a szerződés már meg van kötve. Én pl. sürgőnyzők a szállodába, hogy erre és erre a napra készítsen nekem szobát. Itt már hallgatólagosan ki van fejezve, hogy válaszra nem reflektálok. A szállodás már most a pinczérnek megparancsolja: készítsd elő a négyes szobát. A német polg. tk. szerint már most köztünk a szerződés perfect. Később valami előkelőbb úr jön, a német polg. tk. szerint a szállodás már nincs jogosítva a szobát tovább adni és ha mégis adja, az előbb rendelőnek kártérítéssel tartozik. Ez pedig nem igazságos, mert ez a sürgőnyileg rendelő ügyis el lehetett rá készülve, hogy esetleg nem kap szobát.

A választ nem váró ajánlat semmi esetre sem jelentheti azt, hogy ha válasz nem küldetik, az elfogadásnak vétetik. A hires qui tacet consentire videtur nem állja meg a sarat. Még a német polg. tk. is valóságos elfogadási cselekményt követel, nem hallgatást.

A régi praxis szerint a hallgatás néha elfogadtatott beleegyezésnek, néha nem, ez mindig quaestio facti volt. Pl. zenetanáromnak írom, hogy 1 órakor leczkét jövök venni. Ha nem jövök, meg kell fizetnem az órát, mert itt az ő hallgatása, hogy nem utasította vissza ajánlatomat, elfogadás. A régi praxis, a mely az egészet quaestio facti-nek minősítette, homályosabb ugyan, mint a német polg. tk., de igazságosabb. Az a kérdés különben, hogy történt-e elfogadás vagy sem, a legnehezebb a szerződések egész tanában. Annyi bizonyos, hogy a hallgatás magában véve sem nem elfogadás, sem nem visszautasítás, hanem a többi körülménnyel összevetve, hol ez, hol az. Az olyan ajánlatoknál, a hol tiszta beneficiumok vannak, a hallgatás elfogadás, mert az emberek szeretnek ajándékokat elfogadni. A nem pusztá beneficiumoknál megint, ha a másik fél nemcsak hallgatott, hanem belenyúlt a vagyonomba, a mit meg nem tetté tenni nem lehet, ez is elfogadás. Tehát elfogadás, ha az eladásra ajánlott szivart elszívja, a borból iszik, a könyvet felvágja stb. Persze ez sem egészen kétségtelen, mert ő minden kétséget kizárólag kijelentheti, hogy a boromat megiszksa ugyan, de a szerződést még sem fogadja el. Ez esetben azután ő ex delicto köteles a káromat megtéríteni. De az nagy különbség, hogy kártérítést köteles-e adni, vagy pedig vételárat, a kártérítés sokkal kisebb lehet. Ilyen módon, ha az árt sokallom, a küldött dolgot elhasználok, kijelentvén, hogy a szerződést nem kötöm meg. Erre elő is fordult eset a praxisban. Az ékszerészhez küldtek ékszert azzal a kérdéssel, hogy hajlandó-e azt 8000 frtéért megvenni? Az ékszerész ténylegesen rendelkezik az ékszerrel és eladja 10,000 frtéért. Pár nap múlva az ajánlattevő, a kit az ékszerész az elfogadásról nem értesített, igen előnyös ajánlatot kap, valaki az ékszerért 12,000 frtot kínál. Elmegy az ékszerért, ott az ékszerész kijelenti, hogy ő már elfogadta az ajánlatot, hajlandó tehát 8000 frtot fizetni. Döntés: az ékszerész 12,000 frtot köteles fizetni mint kártérítést, mert ez nem olyan eset, mikor a hallgatás elég a szerződés megkötéséhez. Különben azt, hogy a hallgatás elfogadás, in dubio feltenni nem szabad, kivéve, ha olyan a viszony köztünk, hogy rendszerint el szoktam fogadni az ő ajánlatait. Ez különben igen nehéz casuistika, a melyre az itt kifejtett pár értelmezési szabály kevés. De épen ez a pandektarendszer előnye, hogy ezeket a szabályokat meg nem merevítette. A német polg. tk. megmerevítette, ezért könnyebben lesz kezelhető, de igaztalan döntésekre és hamis eskükre fog vezetni.

Fontos kérdés a szerződés tanában, hogy mikor és meddig van kötve a két fél a maga nyilatkozatához. Az ajánlattevő kötve van, ha ajánlata a másik félnek tudomására jutott vagy juthatott volna. Eddig a pillanatig ajánlatát visszavonhatja, ezután már nem. Kötve van pedig addig, a míg a másik fél, ha az ajánlatot el akarja fogadni, a választ ismét elküldhette. Ha ez az idő elmúlik, az ajánlattevőnek már vissza sem kell vonnia a maga ajánlatát,

az időmulás által elvesztette a maga hatályát. Elveszti végül az által is, hogy a másik fél visszautasítja. Az ajánlat tehát egyoldalú jogügylet, a mely hatályát több módon vesztheti: 1. kellő időben történt visszavonás által, 2. időmulás folytán, 3. visszautasítás miatt, 4. az egyik fél halála folytán. Az ajánlat visszavonhatásának kérdése a praxisban szintén nehéz. Pl. a Svábhegyre A.-hoz hordárral küldöm fel az ajánlatot, $\frac{1}{4}$ óra múlva, abban a hiszemben, hogy a hordár csak $\frac{3}{4}$ óra múlva jöhet ügyis fel, telefonice visszavonom az ajánlatot. De a hordár már 5 percz múlva találkozott A.-val, a kinek rögtön át is adta az ajánlatot. Kérdés: a telefon útján történt visszavonás érvényes-e? Felelet: nem, már későn történt.

Az ajánlat kötelező voltának kérdésébe vág *az árlejtés útján való szerződéskötés* kérdése is. Itt nemcsak adásvételre kell gondolni, mint a mely a licitációnak leggyakrabban szokott tárgya lenni. Bármily szerződés megkötését felkinálhatom azzal a czéllal, hogy többeknek részvétele által a feltételeket magamra nézve kedvezőbbekké tegyem. Pl. a város valami munkát ad ki. Ilyen árlejtés volt a iudicium familiae herciscundaenél és communi dividundonál, a bíró annak adta a dolgot (ha azt egészben akarta megtartani), a ki a másiknak többet ígért. A fructuum licitációnál (218. l.) a két peres fél közül az nyerte el a pertárgy birtokát, a ki pervesztessége esetére többet ígért. Az ilyen árveréseknél már most felmerül a kérdés, ki az ajánlattevő, ki az elfogadó, és mikor köttetik meg a szerződés? (A mai birói árverésről itt nem szólunk, mert azt a végrehajtási törvény szabályozza.) A kérdés tehát az: mikor az árvereltető az első árat kiejti, ajánlat-e ez? Ha ez ajánlat, akkor azzal, ki ezt az árat megadja, a szerződés meg van kötve. Vagy talán nem ő az ajánlattevő, hanem a publicum? A kérdés mind a két irányban nyert megoldást az irodalomban. *Puchta* pandektáiban úgy construál, hogy az eladó tesz ajánlatot, még pedig azt az ajánlatot teszi, hogy én a dolgot annak fogom adni, a ki közületek a legmagasabb árt fogja kínálni. *Puchta* szerint tehát az ajánlat egyelőre ismeretlen személyhez van adressálva, a ki azonban meg van határozva az által, hogy ő igéri a legmagasabb árt (vagy munka-árlejtésnél: a ki a legkisebb bért követeli). Ezzel az egygyel, de csakis ezzel létrejött a szerződés. *Kindervater* szerint a szerződés már az első árverelővel meg van kötve, de csak azzal a feltétellel, ha ugyan valaki többet ígérni nem fog, jobb kínálatot nem tesz. Mihelyt más valaki jobb ajánlatot tesz, az előbbi szerződés felbomlik és megkötetik az új ugyanazon feltétel alatt. Ez római nyelven in diem addictio. Akár így, akár úgy construálunk, a praktikus eredmény az lesz, hogy azzal, a ki végül legtöbbet ad (vagy legkevesebbet kér), a szerződés meg van kötve, vagyis a szerződés okvetlenül létrejön. Semmi kétség, hogy az illető auctio feltételei közt ez szerepelhet. Én kijelenthetem, hogy okvetlenül annak adom a dolgot, a ki legtöbbet ígér. Világos azonban,

hogy az auctionator azért választja az árverést, hogy a lehető legjobb üzletet csinálja, nem pedig, hogy károsodjon, oda kényszerülve adni az árút bármily gyenge kínálatért, csak azért, mert az árverelők közt nem akadt magasabb. Azért helyesebb abból kiindulni, hogy a nyilvános árverésen nem akarják a dolgot bármi áron eladni, hanem csak úgy, ha a kínált legmagasabb ár megfelelő. Ezt csak úgy tudjuk elérni, ha nem az árvereltetőt, hanem *az árverelőt tekintjük ajánlattevőnek.*

A második kérdés az, hogy ha már a publicumot tekintjük ajánlattevőnek, ez az ajánlattevő árverelő kötve van-e a maga kínálatához? Római jog szerint vissza lehetne vonni. Ha nem akarjuk visszavonhatónak venni, a minthogy meg is kívánjuk, hogy az ígérő az árverés befejeztéig a maga ígéretéhez kötve legyen, akkor ezt az ígéretet nem szabad pusztán ajánlatnak tekinteni, hanem pactum de emendónak, szóval előszerződésnek. A mai jogban, a mikor az ajánlatot magát is kötelezőnek tekintjük és bizonyos ideig visszavonhatatlannak mondjuk, erre az előszerződés constructióra nincs szükség, hanem pusztán ajánlatnak fogva is fel az árverelő kínálatát arra az eredményre jutunk, hogy *az egyszer kiejtett kínálat kötelező.*

A harmadik kérdés, vajjon felszabadul-e az árverelő ajánlata alól, ha valaki magasabb ajánlatot tesz. Erre a római jogban positiv intézkedés nincsen. Itt a dolog természetéből kell kiindulni. A felszabadulás ellen az szól, hogy ez practice oda vezetne, hogy az ajánlattevő könnyen menekülhetne ajánlata alól. Minden árverésnél van hordár, koldus, a ki pár krajczárért kimenthetné a legmagasabb kínálatot tevőt azzal, hogy ő többet ígér, rajta pedig ezt a magasabb árat megvenni úgy sem lehet. Jhering szerint, valamint a római jogban *senes coemptionarii* szerepelnek, a kik minden férji jogról való lemondással nőül veszik a tutela alatt álló lányt, asszonyt, csak hogy ez a tutela alól felszabaduljon, úgy vannak, mint ő mondja, *liberatores auctionarii* is. Épen ezért azt kell mondani, hogy ha az árverelőt vesszük ajánlattevőnek és az auctionatort elfogadónak, akkor ez utóbbit fel kell arra jogosítani, hogy a legmagasabb ajánlattevőt figyelembe ne vegye, hanem azt, a melyiket ő akarja. Ez practikus nemcsak ott, a hol hitelbe, hanem ott is, a hol készpénzért vesznek, mert a készpénzvételnél is előbb ígerek, csak aztán veszek. Ezek a kérdések a birói végrehajtásra nézve nálunk el vannak döntve, eldöntötte őket az új német kodex is. A végrehajtási törvény 107. és 170. §§-aiban az van mondva, hogy az árverelő köteles annak a számára leütni a dolgot, a ki legtöbbet ígér. (Ebben persze nincs kimondva, vajjon az árvereltető-e vagy az árverelő teszi az ajánlatot?) Ha most kisül, hogy ez a legtöbbet ígérő nem tud fizetni, nyomban tovább foly az árverés, és az előbbi legtöbbet ígérő az esetleges kevesletért felel. Ez nem practikus döntés, mert ha nincs semmije, hiába felel. A mi döntésünk ellen,

hogy t. i. a későbbi magasabb. ígéret nem ment fel, azonban az szól, hogy az ingóknál nehezen vihető keresztül, mert ott az emberek jönnek, mennek. Már az ingatlanoknál ez fel nem hozható, mert ott az árverési jegyzőkönyvben a kínálatok feljegyeztetnek. A német polg. törvk. azt az álláspontot foglalta el, hogy az auctionator az ajánlattevő, a közönség az elfogadó és mindénki fel szabadul az utána következő nagyobb ígéret folytán. A kérdés nagyon nehéz, mert a mi döntésünk ellen az is felhozható, hogy, ha tudom, hogy magasabb ígéret által nem szabadulok, nehezebben határozom el magam az árverésre.

123. §. Sajátos tartalmú szerződések.

a) Harmadik személy javára szóló szerződés.

A *pactum in favorem tertii* oly szerződés, mely A. és B. közt köttetik meg abból a célból, hogy B. valamit szolgáltatasson C.-nek. A hitelező tehát nemcsak A. lesz, hanem C. is.

Hasonló tüneményekkel már találkoztunk, a melyek azonban még sem ilyen szerződések. (78. l.) Ilyenek:

1. A reflexhatású szerződések: A. és B. kötnek szerződést A. érdekében, A. a hitelező, de ténylegesen, a nélkül, hogy a felek szándékolták volna, javát látja ennek a szerződésnek C. is. Ha az én elhagyatott budai telkem közelébe valaki szép villát építtet, ezzel az én telkem értéke emelkedik, az építtető és építő szerződésének én is hasznát látom, de ez, mint Jhering mondja, csak reflexhatás.

2. Nem ide tartozik az a szerződés, a melyet A. köt B.-vel azzal a szándékkal, hogy ennek a szerződésileg kikötött szolgáltatásnak hasznát C. élvezze ugyan, de C. csak ténylegesen élvezze az előnyt, jogilag ő semmi előnyben ne részesüljön. A jogot A. nyeri, C. csak a tényleges élvezetet nyeri. Pl. mikor az apa a gyermekének ruhát vesz, a gyáros orvost fogad a munkások részére.

3. Hasonlít rá, de még sem harmadik személy javára szóló szerződés a képviselet. Ebben az esetben is A. szerződést köt B.-vel C.-nek az érdekében, sőt itt még azt is akarja, hogy jogosítva és kötelezve is ez a C., ez a harmadik legyen. Csakhogy míg a képviseletnél A. ezt a szerződést a C. nevében köti, addig a *pactum in favorem tertii*-nél a maga nevében köti.

4. Még közelebb áll a harmadik személy javára szóló szerződéshez a képviseletnek az az esete, a melyet bizománynak nevezünk. Ennél is A. a maga nevében köti a szerződést a harmadik hasznára, de ez a harmadik személy, a C. nincs is jogosítva.

Mindezekkel szemben a *pactum in favorem tertii* oly szerződés, a melyet A. a maga nevében köt B.-vel azzal a céllal, hogy ebből a szerződésből jogosítva nemcsak ő legyen, hanem C. is. Két személyt nyerünk tehát mint jogosított alanyt. Ennek éppen ellen-

téte az *actiones adiectitiae qualitatis*. Ezek oly szerződések, a melyeknél a hitelező nemcsak a vele szerződöttel szemben nyer jogot, hanem az ennek háta mögött álló harmadikkal szemben is. (L. Kajuch 275—277. l., Vécsey 358—360. l.)

A harmadik személy javára szóló szerződés nem római eredetű. A római jogban csak első csiráit találjuk. A római jog abból indul ki, hogy csak az nyer jogot és kötelezettséget, a ki a szerződésben részt vesz. Unger, kinek erről értekezése van, abból indul ki, hogy a rómaiak egoisták voltak, azért nem ismerték ezt a harmadik személy javára szóló szerződést, mi meg ma altruisták vagyunk. No de hát a mai altruizmus is csak szép szó. A római jogban inkább csak technikaiak azok az okok, a melyek azt a látszatot keltik, mintha az ethikai felfogásban volna az eltérés. Az eredmény tagadhatatlanul olyan, hogy a római jognak összbenyomása az egoizmus látszatát kelti. De a római élet azért nem volt olyan egoista, mert reparálta ezt az aspectust. A történelmi és személyjogi részben láttuk a rabszolga és ura viszonyát, hogy utóbbi előbbi meg is ölhetett stb., de ez csak aspectus, valójában ezt tiltotta az erkölcs, az illem. A forgalmi merevségen enyhített a fiducia, a mely mint láttuk nem jogügylet (260. és 295—297. l.), a jog területén kívül fekszik, aztán meg azt sem kell hinni, hogy a mindennapi kenyeret mancipatio és in iure cessioval vették meg a rómaiak. Más a kép, a melyet az élet, más, melyet az élet mutat. És a római jog csak kis területét fedi a római életnek. Ma is vannak területei az életnek, a melyek kívül fekszenek a jog sanctióján. Ilyen területek voltak a római életben is, a jog ezeket a területeket csak lassankint hódította meg. Nem az egoizmus zárta ki a harmadik személy javára szóló szerződést, hanem technikai okok, a melyek részben itt is naiv természetűek, részben célzatosak. Naiv természetű a kezdetleges jog ügyetlensége, hogy azoknál a személyeknél marad, a kik az ügyletben részt vesznek, mert az már bonyolult, nehezebb valami, hogy A. és B. kössenek szerződést és abból C. húzzon hasznot. De célzatosság is van benne. A legrégibb ügyletnél a mancipationál jelen volt a libripens és 5 tanú, a mi eleinte nem volt formaság, hanem az ügylet garantírozása, ők nemcsak tanúk voltak, hanem tényleg részt is vettek úgy a szerződéskötésben, mint később a perben. Ennek az 5 tanúnak, hogy az ügyletet garantírozhassa, tudnia és ismernie kellett az ügylet minden mozzanatát. Tudni pedig csak azt tudta, a miről ő meggyőződött. Ha tehát elismerték volna, teszem a képviselőt, az ügyletben oly elementum lett volna, a miről ezek a tanúk semmit sem tudtak, mert hogy képviselő lehessen valaki, kell hogy megbízása és felhatalmazása legyen, a mit pedig nem a tanúk előtt nyer. Ezért aztán kizárták a képviselőt. A másik céltudatos ok pedig az volt, hogy az a jog, a mely a képviselőt el nem ismeri, az a jog mindig könnyebben bizonyítható lesz, a perek száma kisebb lesz.

A mi állt a képviseletről, az állt a pactum in favorem tertii-ről is. Ez a felfogás Miteis bécsi tanárnak „Zur Lehre der Stellvertretung“ című könyvében van feltüntetve. A klasszikus jog nemcsak hogy azt nem ismerte el, hogy az ügylet, a szerződés más személyre is kihasson, a ki benne részt nem vett, hanem még azt sem engedte meg, hogy utólagosan menjen át más személyekre. Ezért a cessio is ismeretlen volt. Az ilyen stipulatio tehát, hogy spondes-ne centum Naevio dare, inanis contractus volt, sem a stipuláló nem perelhetett, mert sibi non interfuit, sem Naevius, mert ő nem stipulált. A későbbi római jog lassankint tágitott ezen a szigorúságon, mert a praetori jog már elismeri a képviseletet bizonyos esetekben. Vangerow pandektái felsorolják az erre vonatkozó helyeket. Később az in favorem tertii szerződéseket is kezdi elismerni, a mint azt különösen Biermann mutatja ki. Tágitottak a merevségen két irányban. Egyrészt elismerték a stipulálónak jogát, keresetét, mely in favorem tertii ment, az assignatiót, a mandatumok körében a mandatum alieni gratiát stb. Másrészt még később azt is elismerték, hogy nemcsak A., a stipuláló perelhessen, hanem harmadik is, a kinek érdekében a szerződés kötött. Megadják neki a stipuláló, az A. actióját utiliter.

A modern jog a római corpus iurisnak ezt a csiráját kinövesztette. Ma a szabály az, hogy elvileg lehető, hogy A. B.-vel szerződést kössön, úgy hogy a harmadik is jogosítva legyen. A modern életben erre nagy számmal kínálkoznak az alkalmak. Az ilyen szerződések akár mint főszerződések, akár mint pacta adiecta fordulnak elő. Mint főszerződés pl. a fuvarozásnál, a hol nemcsak a feladó, hanem a címzett is jogosítva van, az életbiztosításnál, melynél nemcsak a biztosító, illetve annak örököse, hanem a kedvezményezett személy is nyer jogokat stb., a részvényjegyzésnél, az alakuló közgyűlés után a megalakult részvénytársaság is beperelhet, a mely a szerződéskötéskor még nem is létezett. Mint pactum adiectum: eladom a házamat, de kötelezem a vevőt a mostani bérlők jogainak respectálására, a mely kikötés betartását azután nemcsak én, hanem a bérlők is követelhetik. Más példa: Valaki özvegyasszonyt vesz el, kinek gyermekei vannak. Ilyenkor a házassági szerződésben provisiókat tesznek a gyermekek javára, a melyeket, ha a férj őket be nem tartja, az asszony nemcsak mint szerződő fél, hanem mint gyermekeinek természetes gyámja is perelhet. Vagy pl. veszek birtokot és az eladót az agens provisiójának fizetésére kötelezem. Ez az általános stylus. Az életben mégis nehéz értelmezési kérdés, mikor van dolgunk pactum in favorem tertii-vel, mikor reflex hatásúval, mikor tisztán factice harmadik személy javára tendáló szerződéssel. Gyakori eset pl. a kocsibérléseknél, hogy a kocsi gazdájával már megállapodtunk a fizetendő összegben, a mikor ő hozzáteszi, hogy azonfelül tessék a kocsisnak borravalót adni. Ezt lehet pactum in favorem tertii-nek felfogni, a mikor is a

köcsis erre a borraivalóra perelhetne, lehet facticus hatásúnak venni, hogy a gazda beperelhet rá, de a köcsis nem, ő csak kapja, de lehet egyáltalában nem obligáló szerződésnek is tekinteni. Azután oly eset is lehető, hogy ha a felek meg is egyeztek abban, hogy a harmadik személy csakugyan jogot nyerjen, ők ezt a jogot a harmadik személynek visszavonhatólag akarják adni. Pl. a biztosító szerződést in dubio úgy magyarázzák, hogy a biztosító félnek jogában van életében a harmadiknak a jogát visszavonni. Az a kérdés, mely esetben nyer a harmadik személy csakugyan jogot, és ha nyer, visszavonhatóanul nyeri-e vagy visszavonhatóan, nehéz értelmezési kérdés, a melyre nézve egy szabály sem elégít ki. A német codex idevágó §-a azt mondja, hogy mindez a felek intentiójától függ. Ehrenberg, Jhering veje, ismert kereskedelmi jogász szerint a harmadik személy javára szóló szerződésről tant nem lehet írni, mert ez nem typus, hanem sokféle alakulat.

Ezeknek a harmadik személy javára vagy előnyére szóló szerződéseknek constructiójára nézve többféle elmélet van az irodalomban. Az egyik C.-nek a jogát akkép próbálja megmagyarázni, hogy levezeti A. jogából. C. nem önálló, új jogot szerez, hanem csak azt a jogot élvezi, a mely voltaképen A.-é. Ez az úgynevezett *közvetett elméletek* sorozata. Ezzel szemben vannak más elméletek, a melyek szerint C. nem az A. jogát érvényesíti, hanem az A. jogától független, saját jogát. Ez a *közvetlen elméletek* sorozata.

A közvetett elméletek szerint C. jogot nyer A.-n keresztül. Ezt kétféleképen vélik értendőnek. Az egyik azt mondja: mikor A. B.-vel szerződik, a jogot A. nyeri, de ő hallgatólag, rögtön ezt a maga jogát C.-re cedálja. Ez a *Dernburg cessio elmélete*. A másik úgy okoskodik: A szerződésből A. nyer jogot, de hallgatólagosan felhatalmazza C.-t arra, hogy az ő, t. i. A.-nak jogát érvényesítse. Ez *Bähr Ottó hallgatólagos felhatalmazási elmélete*. Bähr szerint C. csak mandatarius in rem suam, vagyis a római jogban a cessio ismeretlen lévén, az ennek előzményétől szolgáló mandatum ad agendum történt, a mely a cessiótól abban különbözik, hogy a litis contestatióig visszavonható. Mind a két constructio helytelen, mert a tény, a melyből magyaráz, nem történt meg. Sem cessióra, sem mandatum ad agendumra a felek nem is gondoltak. De ettől eltekintve, a maga következményeiben is tarthatatlan ez a két constructio. Mert ha akár a cessio, akár a mandatum ad agendum igaz volna, C. csak azzal a joggal bírhatna, a melylyel A. Már pedig a harmadik személy javára szóló szerződéseknel akárhányszor megtörténik, hogy A. a maga számára egész más jogot köt ki B.-től, mint a milyen C. számára származik. Ha C. igazán ex iure cesso perelné B.-t, B. vele szemben ugyanazokkal a kifogásokkal élhetne, a melyekkel A.-val szemben élhet. Már pedig ez nem így van. C.-nek tehát nem közvetett, nem származtatott, hanem közvetlen joga van.

1. köcsis erre a borraivalóra perelhetne, lehet facticus hatásúnak venni, hogy a gazda beperelhet rá, de a köcsis nem, ő csak kapja, de lehet egyáltalában nem obligáló szerződésnek is tekinteni. Azután oly eset is lehető, hogy ha a felek meg is egyeztek abban, hogy a harmadik személy csakugyan jogot nyerjen, ők ezt a jogot a harmadik személynek visszavonhatólag akarják adni. Pl. a biztosító szerződést in dubio úgy magyarázzák, hogy a biztosító félnek jogában van életében a harmadiknak a jogát visszavonni. Az a kérdés, mely esetben nyer a harmadik személy csakugyan jogot, és ha nyer, visszavonhatóanul nyeri-e vagy visszavonhatóan, nehéz értelmezési kérdés, a melyre nézve egy szabály sem elégít ki. A német codex idevágó §-a azt mondja, hogy mindez a felek intentiójától függ. Ehrenberg, Jhering veje, ismert kereskedelmi jogász szerint a harmadik személy javára szóló szerződésről tant nem lehet írni, mert ez nem typus, hanem sokféle alakulat.

2. köcsis erre a borraivalóra perelhetne, lehet facticus hatásúnak venni, hogy a gazda beperelhet rá, de a köcsis nem, ő csak kapja, de lehet egyáltalában nem obligáló szerződésnek is tekinteni. Azután oly eset is lehető, hogy ha a felek meg is egyeztek abban, hogy a harmadik személy csakugyan jogot nyerjen, ők ezt a jogot a harmadik személynek visszavonhatólag akarják adni. Pl. a biztosító szerződést in dubio úgy magyarázzák, hogy a biztosító félnek jogában van életében a harmadiknak a jogát visszavonni. Az a kérdés, mely esetben nyer a harmadik személy csakugyan jogot, és ha nyer, visszavonhatóanul nyeri-e vagy visszavonhatóan, nehéz értelmezési kérdés, a melyre nézve egy szabály sem elégít ki. A német codex idevágó §-a azt mondja, hogy mindez a felek intentiójától függ. Ehrenberg, Jhering veje, ismert kereskedelmi jogász szerint a harmadik személy javára szóló szerződésről tant nem lehet írni, mert ez nem typus, hanem sokféle alakulat.

B.-vel szemben C. nem az A., hanem a maga jogát érvényesíti. Ily alapon is kétféle constructio ismeretes. Az egyik a *Savigny-Vangerow elmélete*. Mikor A. B.-vel szerződik, akkor ő nem más, mint C.-nek a *negotiorum gestora*. Ez az elmélet a harmadik személy javára szóló szerződést összetéveszti a képviselő útján kötött szerződéssel, persze itt oly képviselő útján, kinek megbízása nincsen, de azt utóbb pótolni fogja a képviselt jóváhagyása. A. e szerint a szerződést nem a maga, hanem a C. nevében köti, a mi azonban nem igaz. Ez különben oda vinne, hogy ha C. az ügyletet ratihabeálta, akkor A. többé abba bele nem szólhat, már pedig ez sincs így. A másik constructio azon nyugszik, hogy A. és B., mikor szerződnek, *közös ajánlatot* tesznek C.-nek, a harmadiknak. Ha C. ezt az ajánlatot elfogadja, akkor a kétoldalú szerződésből háromoldalú lesz és így C. a saját szerződéséből perel. Ez a legelterjedtebb constructio. A mi döntvénytárunk is azt mondja, C. perelhet, vagy sem, a szerint, a mint a maga részéről is elfogadta a szerződést vagy sem. De ez a constructio sem helyes. Fiam, a kinek javára biztosítottam magamat, keresetet indíthat halálom után a biztosító-társaság ellen, a nélkül, hogy a biztosításról tudott volna valamit. Erre pedig azt mondani, hogy épen a keresetindítás által hallgatólag jelentette ki elfogadási szándékát, felforgatása volna a természetes egymásutánnak: a primus a jogszerzés, a keresetindítás posterius, és nem megfordítva. Azonfelül sántít ez az elmélet abban is, hogy a harmadik olyan is lehet, a ki szerződés elfogadására képtelen, teszem 2 éves gyermek javára biztosítom magam.

A pactum in favorem tertii-ről felállított constructiók közül tehát egyik sem elégít ki. Nem lehet ezt a szerződést sem a *cessio*, sem a *mandatum agendi*, sem a *negotiorum gestio*, sem a *collectiv* ajánlat nézőpontja alá foglalni, külön kategória ez, a mely a római jogban csak kivételkép jelentkezik, de a melynek általános, minden korlát nélküli elismeréseért olyan tekintély harczol, mint Unger.

124. §. Sajátos tartalmú szerződések.

b) Visszterhes szerződések.

A szerződés lehet egy- vagy kétoldalú, a szerint, a mint csak az egyik felet kötelezi, vagy a másikat is. A kétoldalú megint lehet visszterhes vagy nem visszterhes. Ez utóbbiakról kell bővebben beszélnünk. Visszterhes a szerződés akkor, ha A. kötelezve van valami szolgáltatásra, de úgy, hogy B. is szolgáltat és B. is azért van kötelezve, mert A. is szolgáltat. Mindkét szolgáltatás tehát egyszersmind ellenszolgáltatás is. Ezeknél a szerződéseknel a szabály az, hogy ezek az obligatiók, mint a német mondja, *Zug um Zug*, *Zsögdöd* plasztikus szavaival: kézen-közön teljesítendőek. A. csak akkor köteles szolgáltatni, ha B. is szolgáltat. Ez persze csak cum

grano salis veendő. A bérlet visszterhes szerződés, de a szoba átengedése huzamos időre szól, míg a bérfizetés csak egy pillanat. A két szolgáltatás tehát nem történhetik egyszerre, vagy előre fizet a bérlő (*praenummerando*), vagy mint a német kis diákvárosokban, utólag (*postnumerando*). Mindamellett a szabály az, hogy a két szolgáltatásnak egy időben kell történnie egymás ellenében. Ebből az irodalomban kifejlődött az a híres vita, hogy ha A. követeli B.-től a szolgáltatást és B. azzal vág vissza: igen, de hisz te sem tetted még meg, a mivel tartozol, vajjon *exceptio*-e ez, vagy tagadása a felperesi kereseti alapnak. Az egész inkább logikai kérdés. B. mondhatja, nem igaz, hogy én vételárral tartozom, én tartozom vételárral az áru ellenében, és akkor ez az A. igényének a tagadása. De a B. beszédje az is lehet: én tartozom vételárral, ámde te ennek ellenében áruval tartozol, a mi már nem tagadás, hanem *exceptio*. Keller az első módon magyarázza a visszterhes szerződést, mások ismét az utóbbi okoskodás szerint B.-nek, alperesnek, *exceptio dolit* adnak, a melyet az újabbak külön névvel láttak el: *exceptio non adimpleti contractus*. Mint mondtuk, csak logikai kérdés, a B. ellenvetését tagadásnak vagy *exception*nak vesszük-e? Praktikus fontossága az egésznek csak akkor volna, ha annak, hogy a B. védekezése *exceptio*, összes következményeit levonnák. Ez a következmény pedig az, hogy *excipiendo reus fit actor*, vagyis a bizonyítás terhe alperest illetné. B.-nek kellene bizonyítania, hogy A. még nem teljesítette a maga kötelezettségét. Ezt a következményt azonban nem vonják le, sőt ellenkezőleg, mind a két elmélet megegyezik abban, hogy a visszterhes szerződéseknél felperesnek kell bizonyítania nemcsak a szerződés megkötését, hanem azt is, hogy ő a maga részéről már teljesített. A. pl. 100 forint vételárt követel B.-től, erre B. azzal védekezik, hogy még nem kapta meg az árut. Ez utóbbit aztán nem B.-nek, hanem A.-nak kell bizonyítania az ellenkezőt, hogy t. i. ő igenis már szolgáltatott árut. Vagy A. vételár követelésére B. azzal felel, hogy megkapta ugyan az árut, de az hiányos (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Itt is felperes köteles bizonyítani, hogy bizony ő jó árut szállított. A praktikus következményekben tehát csakugyan Kellernek van igaza. Másfelől azonban megint nem lehet tagadni, hogy a források *exceptió*ról beszélnek. A rómaiak a visszterhes szerződést, mint két egymástól feltételezett, de mégis önálló obligatiót nézik. Tartalmilag tehát alperes védekezése helyesebben *exception*nak minősítendő, csak azzal a sajátsággal, hogy a bizonyítás tekintetében eltér a rendes bizonyítási szabályoktól.

Mint fentebb láttuk, az egyszerre teljesítés elve nem vihető mindenütt keresztül, pl. nem a bérszerződésnél. Ha már most ilyen esetben az egyik fél beperli a másikat a nélkül, hogy ő még teljesített volna, vagyis követel, mielőtt voltaképen joga volna hozzá, az ítéletnek logikailag elutasítónak kellene lennie, utasítani kellene,

hogy akkor pereljen, ha majd ő is teljesített. Praktikus okokból azonban ilyenkor a szabály az, hogy felperes nem fog elutasíttatni, hanem alperes el fog marasztaltatni, még pedig feltételesen, vagyis azon feltétel alatt, hogy teljesítsen, ha felperes is teljesíti a maga kötelezettségét. Ha azonban felperes már teljesített, és akkor perli alperest a teljesítésre, akkor nem feltételes, hanem teljes elmarasztalást fog elérni.

Ez ma a szabály, és ez volt Rómában is a szabály a consensualis visszterhes szerződéseknél. Másként állt a dolog az ú. n. *innominat contractusok*-nál. Ezeknél a megállapodás maga még nem létesítette a visszterhes szerződést, hanem csak az, ha a consensuon felül az egyik részről a teljesítés meg is történt, vagyis re contrahitur, magyarul: reális szerződések. Mielőtt az egyik fél nem teljesített, nincs is obligatio. Ha tehát ilyen innominat contractusnál A. teljesített abban a téves hiszemben, hogy B. is teljesített, vagyis nem a szerződés létesítése céljából, hanem oly hiszemben, hogy ő most már perfect szerződésből folyó kötelezettségnek tett eleget, holott ő még nem volt erre a szolgáltatásra kötelezve, akkor *condictio indebiti*vel élhetett. Viszont, ha abból a célból szolgáltatott, hogy ez által a szerződést perfectté tegye, vagyis, hogy a másikat is rábírja a maga részéről való teljesítésre, akkor, ha ez a másik nem akar teljesíteni, azt kell mondanunk, hogy A. abban a várakozásban teljesített, hogy kapni fog valamit, de csalódott, vagyis *condictio causa data causa non secuta*val (*condictio ob causam datorum*-mal) élhet. A. nak tehát ilyenkor kettős joga van. Ő követelheti a szolgáltatásnak megfelelő ellenszolgáltatást az *actio praescriptis verbis*szel, ennek helyébe ma a szerződésből folyó *actio* lépett, de követelheti másodsor a maga teljesítésének a visszaadását vagy az *indebiti* vagy az *ob causam datorum condictio*val. A mai jogban az innominat contractusok e specialis szabálya már nem áll, mert ma az összes szerződések consensualisok. Ezért, ha ma A. teljesít, ő ezt vissza nem követelheti, hanem csak az ellenszolgáltatást követelheti a szerződésből folyó *actio*val. A már átadott árú nem követelhető, csak a vételár.

A bilateralis contractusoknál sajátos alakulat a *negotium claudicans*. Ez újabb kifejezés azon kép alapján, hogy az ügylet megáll az egyik lábán, nem áll meg a másikon. Épen azért, mert a visszterhes szerződéseknél két obligatio létesül, lehetséges, hogy az egyik érvényesen létrejön, a másik nem. A pupillus a tutor auctoritása nélkül, terhes szerződést nem vállalhat. Ha már most mégis visszterhes szerződést köt, akkor ez a szerződés, a mennyiben őt ebből kötelezettség terheli, nem érvényes, a mennyiben a másik felet terheli, érvényes. Ha ő vevő, neki van *actio empti*e, de ő nincs kötelezve a szó teljes értelmében, csak naturaliter van kötelezve, az eladó a vételárt tőle nem követelheti, nincs *actio venditi*e. De azért, ha a pupillus a maga követelését érvényesíteni akarná,

akkor excipiendo érvényesítheti a maga követelését. Az eladó tehát közvetetten érvényesíthető obligatiót nyer, mégis azzal a megszorítással, hogy compensatióra nincs joga. Az ő követelése tehát előnyösebb, mint a naturalis obligatio, gyengébb, mint az igazi közvetetten kikényszeríthető obligatio. Ennyiben tehát Windscheidnak igaza van, hogy vannak átmeneti obligatiók.

Ez a negotium claudicansnak fő esete. Soknál azt lehet olvasni, hogy a negotium claudicans relative semmis jogügylet, a mi alatt azt értik, hogy nem semmis, mint a melynek semmi hatása sincsen, nem is megtámadható, mert akkor addig, míg a pupillus megtámadná az eladó követelését, az fennállhatna, holott az nincs így, hanem semmis az egyik félre, t. i. a pupillus kötelezettsége tekintetében ipso iure, a másik oldalon meg absolute érvényes. Csakhogy ez az egész relativ semmisség kifejezés fölösleges és megtévesztő. Teljességgel beérhetjük a két kategóriával, hogy vannak semmis és vannak megtámadható ügyletek (86. l.), relativ semmisség fogalmára semmi szükség. A negotium claudicanst pedig úgy kell képzelni, hogy az az egyik oldalon csak obligatio naturalis, a másik részen pedig civilis. Ez is mutatja, hogy a visszterhes szerződésből voltaképen két különálló sorsban részesülő obligatio támad. A negotium claudicansnak a fentebbin kívül persze más esete is van. Én pl. jóhiszemben azt hívnám, hogy a ló az enyém, eladom B.-nek, a ki jól tudja, hogy a ló x-é. Ilyenkor én érvényesen adtam el a lovat, vagyis követelhetem a vételárt, ő azonban csak naturaliter vette meg, a lovat nem követelheti, de vételárkövetésem ellen excipiendo felléphet. Más példa az emptio si mihi placuerit: én megveszem az ön lovát, ha nyolcz nap alatt meg fog tetszeni. Ön rögtön kötve van, én nem. Ön engem a nyolcz napon belül be nem perelhet.

A visszterhes szerződés tanában igen vitás, vajjon az egyik obligatio lehetetlenülésével a másik fél is mentesül-e? Ha tisztán abból a szempontból indulunk ki, mint Dernburg, hogy a visszterhes szerződésnél a két kötelem külön sorsban részesül, mint a hogy azt a negotium claudicans is bizonyítja, akkor azt kell mondanunk, hogy azért, mert az egyik szolgáltatás per casum tönkrement, az ellenszolgáltatás tovább is kötve marad. Ez megegyez a római jognak azon alapelvével, hogy *periculum emptoris est*. Vagyis, ha én eladok valamit és a szerződés megkötése után, de még az átadás előtt az árú elpusztul, akkor én az árú szolgáltatása alól mentesülök, a vevő azonban tovább is kötve marad, a vételárt meg köteles fizetni, vagyis ő viseli a veszélyt. Nem egyez meg azonban ezzel a nézettel a római jognak az a szabálya, hogy a bérszerződésnél *locatoris est periculum*, vagyis a bérbeadó nem követelheti a bért, ha a bérbeadott dolog per casum tönkre megy, nem az sem, hogy ha az eladott dolog az átadás előtt kisajátított, a vevő a vételárat visszakövetelheti, ha már lefizette, vagy hogy ha a vissz-

terhes szerződésnél az egyik fél acceptillatioval mentesül, a másik is felszabadul. Mindezek alapján Baron azt állítja, hogy a vissz-terhes szerződéseknel, ha az egyik fél nem a másik félnek materialis kielégítése folytán, hanem egész más okból mentesül obligatioja alól, akkor a másik félnek kötelezettsége is megszűnik, a mi alól csak a *periculum est venditoris* szabálya kivétel, a minek eredete történeti okokra vezethető vissza.

125. §. Sajátos tartalmú szerződések.

c) Abstract és materialis (formális) szerződés.

Minden cselekménynek és így minden szerződésnek is meg van a maga oka. Ok nélkül senki sem ad, senki sem ígér semmit. Ez az ok, a melyből mi a szerződést megkötjük, mindig az a cél, a melyet ezzel a szerződéssel el akarunk érni. Ezt a célt, a szerződés, vagy általában az ügylet okát *causa*-nak hívjuk. Ezek a *causák* annyifélék, hogy *taxative* őket felsorolni nem is lehet, legfeljebb néhány nevezetesebbet emlithetünk meg. Ilyen fontosabb *causák*: a *causa donandi*, ügyletet, szerződést kötök, hogy a másikat gazdagítsam a magam vagyonának rovására, *causa credendi*, hogy a másikat magamnak lekössem, *causa solvendi*, hogy eddigi köteleim alól mentesüljek. Ezek a leggyakoribb, de nem egyedül képzelhető *causák*. Ha hozományt adok, akkor ez sem tiszta *donandi causa*, sem tiszta *credendi causa*, hanem mindkettőből van benne valami, sőt a *causa solvendi* is belejátszhatik a *dotis constituendae causába*. Még inkább *sui generis causa* a *causa condicionis implendae*: elveszem x. kisasszonyt; mert ez az örökség elnyerésének feltételeül van tűzve.

Persze mint minden cselekménynek, úgy a szerződéskötésnek is nem egy egyedül álló *causája* van, hanem a *causák* egész láncolata forog fenn. Ha én a szabónál ruhát veszek, én a vételért ígérem. Teszem ezt abból a célból, hogy ennek ellenében ő az árú adására kötelezze magát, tehát *causa credendi*. De itt nem állhatunk meg, mert tovább lehet kérdezni, miért akarom a ruhát stb. Már most rendkívül fontos kérdés az, hogy a jogügyletek, és különösen a szerződések terén a jog ezen beláthatatlan *causalis* láncolatból mennyit vesz tekintetbe. Ha a szabó a ruhát elhozza és én nem fizetek, a szabó beperel. Ha most ő csak tisztán úgy perel, hogy én ígértem neki 50 frtot, tehát fizessek, a bíró el fogja utasítani, mert ma a jog nem éri be a puszta szerződéssel, hanem megköveteli azt is, hogy a perelő a tartozás *proxima causáját* is megmondja. A szabó tehát megnyeri a pert, ha úgy perel, hogy alperes 50 frttal tartozik, mert ruhát ígértem és adtam neki. Képzelhető volna azonban, hogy a jog nem elégszik meg a *proxima*

causával, hanem többet kíván meg a causalis lánczolatból. Ez képzelhető, és egyes esetekben úgy is van.

A causa szempontjából kétféle szerződést, általában ügyletet lehet megkülönböztetni. Vannak jogügyletek, szerződések, a melyeknél a jogi hatás előállítására csak az szükségeltetik, hogy az egyik fél a másiknak bizonyos jogi effectusra irányuló kívánságát kifejezze. Ha pl. én önnek az órát átadom azzal, hogy ön legyen ezentúl a tulajdonos (traditio, dologi — jogi szerződés), akkor, ha az óra öntől x-hez került, a ki az ön tulajdonjogát tagadja, önnek x-szel szemben csak azt kell bizonyítania, hogy én önre a tulajdont átruháztam, de hogy milyen causából, milyen célból, azt nem. A traditio tehát hatályos tekintet nélkül a causára. A miből az is következik, hogy ha én önnek a dolgot causa solvendi adom, azon hiszemben, hogy én önnek vele tartozom, ön pedig abban a hiszemben fogadja, hogy én azt önnek causa donandi adtam, ön mégis megszerzi az óra tulajdonát, a traditio érvényes tekintet nélkül a causára. Az in iure cessionál A. előlép a praetor elé: Hanc ego rem stb. a másik hallgat, és ezzel a dolog tulajdona átmegy A.-ra, megint tekintet nélkül a causára. Már a Mancipatióánál látszólag szerepel a causa, mert a vevő azt mondja: hunc ego hominem meum esse aio isque mihi emptus est stb., ő tehát azt állítja, hogy solvendi causa kapja a rabszolgát. De ez nem igazi causája a Mancipatióának, hiszen ajándékozni is lehet Mancipatio útján. A Mancipatióban kifejezésre juttatott causa tehát nem valóságos, hanem fictiv causa, vagyis voltaképen a causa megint irrelevans. Ma pl. a váltónál azt tesszük ki a váltókötelezettség causájául: értékét felvettem készpénzben vagy áruban, de ez sem igazi causa, mert odateszik ezt az ajándékváltónál, vagy más indokból adott váltónál is. A váltónál sem jön hát tekintetbe a causa. Nem jön tekintetbe a causa a római váltónál, t. i. a stipulationánál sem. Ha egyszer a promissor a stipulator kérdésére, hogy centum mihi dare spondes-ne, azt felelte: spondeo, akkor ő adós tekintet nélkül arra, hogy miért ígérte ezt a 100-at. Az ilyen szerződések causájuktól abstrahálva vannak, innen nevük: *abstract szerződések*. Ezek tehát olyan szerződések, a melyeknek tényállásába csak az tartozik, hogy az egyik fél a másiknak bizonyos teljesítést ajánl és az elfogadja, de nem tartozik az, hogy ez az ajánlat milyen célból történt.

Ezzel szemben vannak szerződések, a melyeknek tényállásához a causa is tartozik, sőt vannak szerződések, melyek csak egy bizonyos causát tűrnek meg, ez a causa az ő karakteristikájuk. Így az adásvevés, bérlet, kölcsön stb. causája mindig a causa credendi, az ajándékot éppen az teszi azzá, hogy causa donandi köttetik meg stb. Ezek a szerződések éppen azért, mert a causa tényállásukhoz tartozik, mert sine expressa causa nem is köthetők, *causalis vagy materialis szerződések*.

A kétféle szerződés között mintegy középhelyet foglalnak el

az olyan szerződések, a melyeknek sok mindenféle causájuk lehet, tehát a causa tényállásukhoz nem tartozik, abstract szerződések, de lehetséges, hogy mégis expressa causa kötöm meg őket, és így az adott esetben mégis materialisok. Ilyen pl. a következő stipulatio: Centum, quae mihi ex causa fundi Cornelianii venditi dare debes, dare spondes-ne? Spondeo. Ilyenkor a stipulatio, minthogy expressa causa van kötve, nem abstract, hanem materialis, causalis szerződés. Minthogy a stipulatio abstract, de lehet causalis is, azért Randa neutralisnak nevezi. Regelsberger az első csoportba tartozókat kötött, a harmadikba valókat szabad ügyleteknek nevezi. Sokan az abstract szerződést formalisnak is hívják (65. l.), abból indulva ki, hogy a feleknek nem kell semmi egyebet bizonyítaniok, csak azt, hogy a szerződési forma betartatott, a szerződési cselekmény megtörtént, hogy miért történt meg, azt nem. De ez az elnevezés félreértésre ad alkalmat, mert ezzel a szóval a sollemnis, tinnepélyes szerződést is jelöljük, holott annak ehhez a témához semmi köze. De a mi terminológiánk sem egészen correct, mert mi materialis szerződés alatt azt is értjük, a mely csak expressa causa köthető, meg azt is, a mely a concret esetben expressa causa kötött, de abstracte is létre jöhet.

Igen fontos kérdés, vajjon szabály szerint elismerjük-e minden ügyletet, mely sine expressa causa jött létre. A kérdés nem az, hogy ne ismerjük-e el abstract szerződéseket, mert hiszen egyesek vannak a római jogban is (stipulatio, traditio, stb.), ma is pl. a váltó (ha ugyan szerződésnek vennők; de ha nem is abstract szerződés, minden esetre abstract ügylet), az utalvány, a bemutatóra szóló papírok általában. (Itt is látható, hogy a kereskedelmi jog a magánjognál mennyivel liberalisabb, a mely ilyen abstract szerződéseket alig fejtett ki). Nem ez tehát a kérdés, hanem az, vajjon szabály szerint elismerjük-e az abstract kötelezést: ígérek önnek 1000 frtot január 1-ére. Vagyis érvényes-e az abstract fizetési ígéret.

A régibb pandektajogi praxis és a doctrina tagadólag válaszolt. A római jog stipulatióját, így érveltek, az újabb jog be nem vette, és azért sem az abstract ígéretből, sem az ilyen ígéretet magában foglaló okirathból (cautio, quae indiscrete loquitur, cautio indiscreta) obligatio nem származik. Érvük azonban nemcsak scholastikus volt, hogy t. i. a stipulatiót át nem vettük, hanem praktikus háttere is volt az abstract kötelezés száműzésének. Először az, hogy az ilyen cautio indiscreta igen alkalmas uzsorának és más iniusta causának leplezésére. Másrészt meg tény, hogy a bíró előtt is világosabb az ügyleti causát is feltüntető tényállás. Ezzel szemben azonban a következő hozható fel: A milyen kedvező az abstract fizetési ígéretet el nem ismerő praxis a tudatlan adósra, ép oly kedvezőtlen az a tudatlan hitelezőre. Hisz akkor ennek a kijátszására nem kell egyéb, minthogy a furfangos adós a tartozásról az ügyleti causát

abstract íg. az újabb jogban a cautio indiscreta nem ismeri

fel nem tüntető okiratot adjon, a miből kötelem nem származván, a hitelező be van csapva. Aztán megnehezítjük is a hitelező állását, ha megkivánjuk a causa bizonyítását is.

Ezen pro- és contra-okok miatt a praxis újabban ingadozik.

E kérdésre vonatkozólag újabban nagy feltűnést keltett Bähr Ottó: „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ című művével, melyben az abstract fizetési ígéret érvényességét vitatja. Gondolatmenete körülbelül a következő: Annyi bizonyos, hogy a római jog stipulatioja, verbalis szerződése abstract is lehetett, materialis is. Az is igaz, hogy mi a stipulatiót mint verbal szerződést, nem recipiáltuk. Ámde a stipulatio már Iustinianus idejében sem volt valószínű verbal szerződés. Már régebben szokásban volt ugyanis, hogy a felek a megtörtént stipulatióról írást, cautiót vettek fel. Ha a hitelező ilyen cautiót mutatott fel, e mellett a megtörtént stipulatio vélelme harczolt, úgy hogy adósnak kellett bizonyítania, hogy a stipulatio valóban meg nem történt. Iustinianus idejében pedig a cautio mellett harczoló vélelem már megdönthetetlen volt, a cautio maga kötelezett, ha a stipulatio nem is történt meg. Vagyis a verbalis szerződés helyébe litteralis, mondhatni consensualis (alakatlan) szerződés lépett. Ez a cautio azonban szólhatott discrete is, indiscrete is. Ha pedig az írásbeli szerződésre elismerjük ezt, mért ne állana ez a szóbeli fizetési ígéretre is. Hiszen a szerződés kötelező erejének alapja úgy sem az írás, hanem a felek consensusa.

Különösen áll mindez az ú. n. elismerő okiratokra. Mi a causája az ilyen elismerő szerződésnek? Nyilván egész csomó causa, az elszámolás alapjául szolgáló összes ügyleteknek causái. Már most megkivánhatjuk-e a hitelezőtől, hogy ezt a sok causát bizonyítsa, illetve megengedjük-e az adósnak, hogy a causák alapján kifogást tegyen? Nyilván nem. Hiszen a felek épen azért számoltak el, épen azért kötöttek ilyen elismerő szerződést, hogy közöttük minden tiszta legyen. S ha a felek a causától el akarnak tekinteni, a bíró se bolygassa azt. Ugyanezt tanítja Bähr a liberatorius abstract szerződésekről. Valamint, úgy mond, az acceptilatio abstract szerződés volt (bár lehetett materialis is), úgy ma is adhatok nyugtát az adósomnak, a nélkül, hogy a liberatio causáját, pl. hogy teljesített, vagy ajándékozom neki a teljesítést stb. felemliteném.

Bähr tehát oda concludál, hogy a mai jog szerint is sine expressa causa úgy obligatorius, mint liberatorius szerződés érvényesen köthető. A szász polg. tk. a Bähr álláspontját fogadta el. Mások ismét, még pedig számosan, Bährt megtámadták és különösen a cautio indiscretával járó visszaélések miatt a régi pandekta-praxist fogták védelmükbe. De az újabb törekvések nagyrészt oda irányultak, hogy a Bähr álláspontjának elvi elfogadása mellett cautelák álltassanak fel a visszaélések ellen. Így a német polg. tk. szerint az abstract ígéret kötelező ugyan, de csak írásbeli formában.

126. §. Sajátos tartalmú szerződések.

d) Szerencseszerződések.

Aleatorikus (szerencse-) szerződés oly szerződés, a melynél a felek a véletlentől teszik függővé, hogy rájuk ebből a szerződésből előny, vagy hátrány származzék. A római jog ilyenként ismeri az emptio spei-t, az emptio rei speratae-t, a játékot, fogadást, és a foenus nauticum-ot. A mai jogok másokat is ismernek: sorsjátékot, életjáradékot, biztosítási szerződést stb. Itt csak a római szerencse-szerződésekről szólnunk.

1. Emptio spei, reményvétel, melynek tárgya pusztán remény. Pl. veszek igérvényt (Promesse), t. i. megveszem valakitől, kinek sorsjegye van, az egy húzásra való reményt, nyerési esélyt. Az ellenszolgáltatás természetesen akkor is teljesítendő, ha a remény nem is üt be. Nem érvényes persze a szerződés, ha akkor köttetik, ha a remény be- vagy be nem állta már bizonyos, vagyis a reményből már valóság lett, a miről persze az egyik fél már tud. Tehát nem érvényes reményvétel, ha a halásztól a halfogást akkor veszem meg, a mikor a kidobott hálót már visszahúzta, ha a lottocédulát akkor vesszük meg, a mikor már a húzás megtörtént.

2. Emptio rei speratae, oly vételi szerződés, melynek tárgya ez idő szerint ugyan nincs meg, de valószínűleg meglesz, pl. megveszem a kancza leendő csikáját, valakinek jövő évi termését. Ez a szerződés magában foglalja a feltételt, hogy csak az esetben jön létre a vétel, ha a dolog tényleg meglesz, vagyis a vételár csak akkor teljesítendő, ha a dolog létrejön. Ha nem jön létre, a vétel megszűnik. Az azonban, hogy a dolog, a mely létrejött, jobb vagy rosszabb minőségű, kisebb vagy nagyobb mennyiségben (persze bizonyos határok közt) jött-e létre, nem befolyásolja a vételár nagyságát, hacsak a szerződés szavaiból más ki nem derül.

3. Játék oly szerződés, melynek tényállása az, hogy ketten vagy többen ellentétes feltételek mellett bizonyos nyereségben és veszteségben egyeznek meg, csupán azért, hogy ezzel a mérés- és nyeréssel az időt töltsék. A játékszerződés a római jogban tilos és semmis, csak a ludi virtutis causa (birok és harcjátékok) mehetek pénzre. Iustinianus a pénzjátékot csak öt meghatározott esetben engedte meg, de ezeket is csak egy solidus erejéig. Minden más játékadósság semmis, és ha megfizettetett, 50 éven belül visszakövetelhető. A ki kifejezetten a játék lehetővé tétele céljából ad el valamit, evictióért nem felel.

4. A fogadás ellentétes állításokra vonatkozó kölcsönös ígéret, hogy az, a kinek állítása helytelen, a másiknak valamit szolgáltatni fog. A római jog a fogadást nemcsak megengedte és perelhetőnek ismerte el, hanem a régi eljárásban bizonyos a legis actionalis formákba be nem szorítható pereket akképp tette lehetővé, hogy a felek

opponens

fogadást (sponsio-t) kötöttek és a bíró ezt a fogadást döntötte el és csak így közvetve hozott ítéletet. Épen ezért a felek gyakran csak színleg kötöttek fogadást és a fogadási összeg megfizetését nem kívánták egymástól, sponsio mere praeiudicialis, a melylyel szemben a megfizetendő fogadás, sponsio poenalis állott. Igen természetes, hogy a római jog, a mely a perben maga megkívánta a fogadást, elismerte azt akkor is, ha nem perre vonatkozott. Csak azt kívánta meg, hogy vagy stipulatio formájában kötessék, vagy pedig a felek a fogadási összeget egy harmadiknál letegyék. Csak az a fogadás érvénytelen, a mely valami erkölcstelenségre, tiltott játéokra stb. vonatkozik.

5. *Foenus nauticum, pecunia traiectica* oly személynek adott pénzkölcsön, a ki a pénzt vagy az érte vett árukat a tengeren át akarja szállítani, azzal a kikötéssel, hogy a szállítás (tehát az indulás és érkezés közt) veszélyét nem a szállító, hanem a hitelező viselje olyképp, hogy ha az áru, illetve a pénz a szállító hibáján kívül elmerül, a hitelezőnek követelése megszűnik, a minek fejében persze arra az esetre, ha a szállítmány sértetlenül érkezik meg, magasabb kamatot köthet ki (Iustinianus szerint 12%-et). A szállított áru rendesen zálogául szolgált a kölcsönkövetelésnek, de ezt külön kellett kikötni. A magasabb kamat persze csak a tengeren nem pedig a szárazföldön töltött időre volt szedhető. Jhering szerint a justinianusi 12% épen a szárazföldön a kikötőben töltött időre szólt, míg a tengeri kamat nagysága korlátlan volt, a mi tekintve az elvállalt veszélyt, sokkal rationalisabb is volna, de Dernburg Jheringnek ezt a nézetét Iustinianus szavaival meg nem egyeztethetőnek tartja.

A kölcsönadó másféle veszélyt is vállalhat magára, a mikor *foenus quasi nauticum*-ról beszélünk.

127. §. Egyoldalú jogügylet, mint kötelemkeletkeztető tény.

A szerződésnél sokkal kevésbé gyakori, de a római jogban mégis elismert kötelemkeletkeztető tényalap az egyoldalú jogügylet. Hogy ez mennyiben keletkeztet obligatiót, arról a systema különböző részeiben beszélünk. Az örökjogban az örökhagyó egyoldalú intézkedés által kötelezheti az örökös bizonyos szolgáltatásra. Ilyenkor az örökös terhére obligatio keletkezik, a melynek alapja nem szerződés, nem is az adósnak egyoldalú ígérete, hanem az örökhagyónak egyoldalú akaratnyilvánítása. Vagy pl. az alapítvány esetében az alapítvány constituálója kötelezi az alapítványt, mint jogi személyt valaminek a teljesítésére. Az ilyen egyoldalú ügyletekről, melyek nem az akaratnyilvánítót, hanem mást köteleznek, itt nem beszélünk. Itt magának az adósnak egyoldalú ügyletéről, ígéretéről beszélünk. Arról beszélünk, hogy az egyoldalú ígéret mennyiben teszi adóssá az ígérőt.

Az obligatiónak saját akaratunkból való létrejöttének rendes esete a szerződéskötés. Szabály a római jogban is, a maiban is, hogy nuda pollicitatio non parit actionem, sem tehát obligationem. De csak kivételesen van ez az elv néhány esetben megtörve. Siegel bécsi tanár irt erről a témáról „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund“ czímen könyvecskét, a mely nagy feltűnést keltett. Ebben azt fejt ki, hogy ellentétben a római joggal, a melyben a kötelmi jog alapja rendszerint a szerződés, a germán jogokban az adós egyoldalú ígérete már maga is kötelelemkeletkeztető tényalap. Ennek applicatióját mutatja be a modern jogokban is, különösen a kereskedelmi és váltójogban, a melyekre vonatkozólag munkája korszakot alkotott. Siegel a modern jogok tekintetében azonban téved, mert a mai törvényhozások egyike sem fogadta el szabálynak a germán álláspontot. A német polg. tk. első olvasása ki is mondta, hogy egyoldalú ígéretből kötelelem nem származik. Ez ugyan később kimaradt, de azért mint alapelv a sorok közt mégis ott van.

Miért nem fogadta el a római jog a nuda pollicitatiót? Hiszen semmi kétség, hogy a szerződéskötésnél is az adós kötelezett voltát az ő ígéretével bizonyítjuk? Nem azért köteles 100 frtot fizetni, mert a hitelező így akarja, hanem mert ő elvállalta. De akkor meg mire való a hitelező nyilatkozata? Mért ne legyen elegendő az adósnak kijelentése? Ezzel a problémával inkább philosophikus, mint praktikus okokból számosan foglalkoztak. Hoffmann bécsi tanár „Die Entstehungsgründe der Obligationen“ czimű kis művecskéjében oda concludál, hogy forgalmi, biztonsági szempontok azok, a melyeket úgy a római, mint a modern törvényhozások szem előtt tartanak. Hugo Grotius úgy okoskodik, hogy az adós azért köteles teljesíteni, mert az ő ígérete a hitelezőben reménységet keltett, a mely arra bírhatta, hogy számításait erre fektesse. Ha már most az adós nem teljesít, akkor úgy érezzük, hogy a hitelező sértve van jogos várakozásában. Az obligatorius kötelezettség alapja tehát kettőből áll: áll az adós ígéretéből, de ez még nem elegendő, hanem az is kell még hozzá, hogy a másikban jogos reményeket keltett. Ez az ú. n. Vertrauungstheorie, a mely ma uralkodó. Ha a hitelező meg sem értette, vagy tudomásul nem vette A. ígéretét, akkor ez benne reményt nem keltett és megszűnt az ok, a melylyel az obligatiót létrejöttnek tekintjük. Ezért az egyoldalú ígéret nem lehet kötelező erejű. Ez a kérdés bölcséleti oldala. Ehhez hozzájárul a czélszerűségi biztonsági szempont. Hogy A. tudhassa, hogy ő csakugyan kötve van, kell, hogy a másik azt tudomásul is vette. Ha pedig a másik semmit sem akar, semmi ok arra, hogy miért követeljük mi a neki adott ígéret teljesítését. Hisz akkor az is elegendő volna, hogy a papagályomnak mondjak valamit, vagy a levegőbe beszélek. Ha nem kívánnók meg a szerződést, az adós sohasem tudná, hogy a másik számít-e az ígéretére, komolyan vette-e és bizonytalanságban volna, hogy áll-e fenn az ő terhére obligatio vagy sem. Ha

valamit pusztán hányavetiségből mondok és a másik rámondja elfogom, számítok rá, még mindig mondhatom, hogy nem így gondoltam. De ha elfogadás nem kell, ha a pusztán ígéret obligálna, én megvondolatlan nyilatkozatomat vissza sem vonhatnám. Épen ezért azokban a kivételes esetekben, mikor a váltó- és kereskedelmi jog mégis elismeri a pusztán ígéretet, ott úgy biztosítja az adóst megvondolatlanság ellen, hogy az ígéretet bizonyos formához köti (váltó).

Maga a római jog is néhány kivételes esetben elismeri az egyoldalú ígéretet kötelemkeletkeztető ténynek. Ezeket az eseteket általános terminussal *pollicitatio*-nak nevezik. De ezt a szót a rómaiak nem használták technikus értelemben, mert jelenti ez a szó a nem kötelező egyoldalú ígéretet is, jelenti specialisan a kötelezőknek egy esetét, sőt jelenti a kétoldalú ügyletet is, ép úgy mint *contractus* az egyoldalút is jelenti. A kötelező egyoldalú ígéret esetei:

1. *Pollicitatio* (legsűkebb értelemben) közczélra tett kötelező ígéret. Nagyon régi ügylet, mely alatt a rómaiak a *respublicának*, Rómának, vagy későbbben bármely *municipiumnak* *ob iustam causam* tett ígéretet értik. Az ilyen ígéretből, ha *ob iustam causam* történt, az illető *promissariusnak* követelése támad. Megjegyzendő, hogy a források ismételve *iusta causaként* említik az *ob honorem decretum* vagy *decernendum* tett ígéretet. Ez tehát nem volt tiszta ajándék, bár későbbben azzá fejlődött a *pandektapraxisban* és már a keresztény császárok alatt is. A rómaiak nem ajándékoznak, a miről Jhering igen szellemesen értekezik. A *pollicitationak* alapja csak valami már tett vagy kilátásba helyezett ellenszolgáltatás lehet, csak akkor van *iusta causája*, csak ekkor kötelező. Már a későbbi jog ezt a *iusta causát* liberalisabban magyarázza, sőt kimondja, hogy, ha az ígéret teljesítése megkezdett, a teljesítés befejezendő, ha nem is volt az ígéretnek *iusta causája*. Tehát míg eleinte csak a már kapott vagy kilátásba helyezett értékért, *ob iustam causam* tett ígéret, addig később már a *realpollicitatio* is kötelező. A források ehhez hozzáteszik, hogy ha már meg is kezdte az ígérő a teljesítést, nem kell magát tönkre tennie a további teljesítéssel, vagyona ötödének, örökös gyermekei pedig tizedének felajánlásával mentesülnek.

2. *Votum*. Egyházi vagy egyéb jámbor célra tett ígéret. Valamint ott az állam, úgy itt az egyház a czélalanyok. A *votum* a keresztény császárság idejében nagyon kiterjesztetett és minden korláttól megszabadított. A régi jogban persze ez is olyan *do ut des* volt, ígéret arra az esetre, ha az isten megsegíti, vagy mert az isten megsegítette.

3. *Közigéret, nyilvános díjkitűzés, pályadíj (Auslobung)*. Nyilvánosan *in incertam personam* tett ígérete valamely teljesítésnek arra az esetre, ha bizonyos eredmény létesíttetik. Rómában is volt ilyesmi, a mint Bruns nevezi, a *promissio popularis*. A mai *pandektakönyvek* már elvetik Savignynek azt a nézetét, hogy ez nem volna kötelező és elismerik róla, hogy érvényes. De kérdés, vajjon mint

szerződési ajánlat, vagy mint az adósnak egyoldalú ígérete érvényes-e? Ha ajánlatnak vesszük, akkor az obligatio csak az ajánlat elfogadásával jönne létre, és vissza is volna vonható. Ez a felfogás, amely Windscheid alapján uralkodó, sokat is mond, keveset is. Sokat mond, mert e szerint, mihelyt valaki ezt a díjkitűzést elfogadta, mihelyt valaki az akademiának pályázatára valaki azt mondaná, hogy drámát meg fogja írni, a kitűző kötve volna és vissza nem vonhatná. Már pedig ez tapasztalás szerint nem felel meg a kitűző intentiójának, mert így akárki a nélkül, hogy a létesítendő eredményre valamit tett volna, kötelezhetné őt. Másrészt ez a felfogás keveset is mond, mert oda vezet, hogy ha valaki azt a munkát, a melyre a díj ki van tűzve, elvégzi a nélkül, hogy tudott volna a díjkitűzésről, akkor ő a díjat nem kapja meg, mert ő a díjkitűzésben rejlő ajánlatot nem fogadta el, nem fogadhatta el, hisz nem tudott róla. Pedig ez sem felel meg a díjtűző intentiójának. Ő nem azért tűz ki díjat valamely műre, elveszett kuttyája megtalálására stb., hogy ezt mint ajánlatot elfogadják, hanem hogy a kívánt-eredmény létrehozóját dotálja.

Az egyoldalú ígéret és a szerződési ajánlat elmélete mellett van egy harmadik csoportja is a nézeteknek, középelmélet. E szerint ez szerződési ajánlat, mely elfogadásra szorul, de az elfogadás itt a tényleges teljesítés által történik. Realaccept ép úgy, mint a könyvkereskedő küldte könyvek felvágása, a táviratilag rendelt szobának tényleges fentartása stb. Erre azonban csomó kifogást lehet mondani. Először ez az elmélet is cserben hagy, ha a díjkitűzésről nem tudva létesítette valaki a kívánt művet. Ilyenkor a tényleges teljesítés nem lehet elfogadás, mert, az elfogadás jogügylet lévén, szándékoltságú cselekmény, már pedig a díjkitűzésről nem tudó nem szándékolhatta a díj elfogadását. Aztán meg, míg a bizonyos személyhez intézett ajánlatomnál lehetséges, hogy a teljesítés elfogadásnak tekintessék, mert ha kétségben vagyok, elfogadta-e az ajánlatot, megkérdezhetem, addig az in incertam personam tett ajánlatnál nincs módomban megtudni, vajjon elfogadta-e már valaki az ajánlatomat vagy sem. Tehát sohasem tudhatom, vajjon kötve vagyok-e már, vagy visszavonhatom-e még az ajánlatomat.

Leghelyesebb tehát a nyilvános díjkitűzést egyoldalú ígéretnek tekinteni. Hogy pedig az ígérő a teljesítésig kötve ne legyen, azt kell mondanunk, hogy egyoldalú ígéret azon felfüggesztő feltétel alatt, hogy kötve van csak akkor, ha valaki az eredményt létesíti. A díjkitűzés tehát a feltételezett teljesítés megkezdéseig visszavonható. A díjkitűzés visszavonása esetén természetesen, ha valaki a kívánt munkához hozzáfogott, pl. a kívánt fizikai eredmény céljából már kísérleteket tett, a nélkül persze, hogy már eredményre jutott volna (mert ekkor már nem volna a díj visszavonható), akkor a visszavonás következtében őt érő kárt a díjkitűzőn a negatív ér-

dek erejéig követelheti, a mint azt az ajánlat visszavonásánál is tárgyaltuk.

4. *Praepositio institoris vagy magistri navis.* Cégvezetőnek, üzleti meghatalmazottnak, hajókormányosnak kinevezése. Tudvalevőleg az institor, a magister navis kötötte contractusokból nemcsak ellene, hanem megbízója ellen is származik kötelmi jog. Mire vezethető vissza ez utóbbinak a kötelezettsége? Arra, hogy ő a kötelezettséget egyoldalú ígérettel elvállalja, a praepositio által, azzal, hogy ő ezt a cégvezetőt stb. kinevezi. Mások azt mondják, hogy neki fogalma sincs, hogy ő is kötelezve lesz, neki nincs szándéka egyoldalú ígéretet tenni, az ő kötelezettsége beáll ex lege. Itt is előáll a kérdés, meddig vonható vissza ez a praepositio. A kirendelő szándékának helyes interpretálása szerint bármikor, tehát a praepositio úgy szól: kötelezem magamat teljesíteni mindazokat az obligatiókat, melyeket institorom vállal mindaddig, míg vissza nem vonom ezt a praepositiót. De már a római jog is védi a jóhiszemű harmadikat, a ki a visszavonásról semmit sem tudott és mégis szerződött az institorral. Ez tehát nem új találmány.

5. Ellenben új a bemutatóra szóló és rendeleti értékpapír, mi nem egyéb, mint leírt ígéret. Régebben beszéltek arról, hogy az ilyen papírban leírt ajánlat van, a mely elfogadásra szorul. Ez azonban ki nem elégített, mert köztem és a között, kinek a papírt adtam, még lehetne ugyan szó szerződésről, de a váltó forgatható (tulajdona hátírral másra átruházható), a bemutatóra szóló papír pusztá átadással tovább adható. Ez a harmadik már most hogy jut ahhoz, hogy szerződést kapjon az én irányomban? Erre némelyek úgy felelnek, hogy ez a harmadik a papír előbbi tulajdonosának a cessionariusza. Ez nem állhat meg, mert ha a forgatmány, a bemutatóra szóló papír átadása cessio volna, a forgatmányos nem szerezne több jogot, mint a forgató, a mi pedig nincs úgy. Mások azt mondják, hogy ez a forgatmányos nem successora a forgatónak, hanem ezeket az értékpapírokat úgy kell képzelni, hogy kibocsátójuk ajánlatot tesz mindenkivel szemben, a kire az első hitelező őket tovább adta (akár forgatmány útján, akár a bemutatóra szóló papiroknál pusztá átadás által; Unger: Über die Natur der Inhaberpapiere). De ha ez ajánlat volna mindenkivel szemben, akkor vissza volna vonható minden újabb átruházásnál, míg ez az új tulajdonosuk a bennük rejlő ajánlatot el nem fogadja. Már pedig nem vonhatók vissza, ha egyszer a kezemből kikerültek.

Nem marad más hátra, az ilyen értékpapírokat egyoldalú ígéretnek kell vennünk, melynek tényállása az értékpapír kiállítása és irányítva van mindenkire, a ki vagy a papír birtokában van (bemutatóra szóló papír), vagy a forgatmány láncolatából kitűnőleg hitelező. Az értékpapírok tana különben főleg kereskedelmi-váltójogi téma.

128. §. A vétség, mint kötelemkeletkeztető tény. (*delictum*)

Hogy mi a vétség, arra már az általános részben megfeleltünk (92. o.). Láttuk, hogy nem minden tilos cselekmény vétség, ép úgy mint nem esik össze a megengedett cselekmény és jogügylet fogalma. A megengedett cselekményeknek csak egy szűkebb köre az, melyet jogügyletnek nevezünk, ép úgy a vétség is csak szűkebb kör a tilos cselekmény fogalmának tágabb körén belül. Hogy melyek azok a tilos cselekmények, a melyek delictumok, arra elvi határ nincs, az positiv elhatárolás, a melyet minden jog másként dönt el. A római jogban az a munkás, a ki nem teljesítette az elvállalt munkát, nem követ el delictumot, a középkori jogok szerint már igen. Delictumok a római jogban a tilos cselekmények közül azok, a melyeket önálló obligatio-alapul jelöl ki. Ez tehát merőben positiv kérdés, a mint minden jogrendszerben fel is lehet sorolni, hogy melyek a delictumok, ellentétben a jogügyletekkel, melyek számtalan tartalmúak lehetnek. Vétségek csak azok a positive meghatározott tilos cselekmények, melyek önálló jogkövetkezménynek, még pedig rendszeren büntetési vagy kártérítési kötelemnek szolgálnak alapul. Más tilos cselekménynek is megvannak a maguk következményei, de ezek csak fennálló kötelemeknek változásának szolgálnak alapjául. Ha a depositarius a nála letett dolgot vissza nem adja, akkor később a könyvet lesz köteles visszaadni és kártérítést. De ilyenkor nem azt mondjuk, hogy itt új kártérítési kötelezettség keletkezett a régi helyébe, hanem azt mondjuk, hogy a régi kötelem megváltozott. Ennek sok praktikus következménye van (48. o.)

A delictumoknak a következése sokféle lehet. Lehet nemcsak jogkeletkeztető, hanem jogszüntető tény is. Ilyen az általános részben tárgyalt jogtalan önhatalom (96. l.), melynek nem az a következménye, hogy valami kötelezettség keletkezik, hanem az, hogy jogom megszűnik. Arra sem lehet tehát egységes feleletet adni, hogy a delictumnak mi a jogi hatása. Az általános karakteristikon csak annyi, hogy új joghatás fűződik hozzá, holott más tilos cselekményhez csak jogváltozás. A legnevezetesebb és leggyakoribb hatása a delictumnak az, hogy belőle új obligatio keletkezik annak a terhére, ki a delictumot elkövette. Ez az obligatio ismét kétféle tartalmú lehet, lehet büntetési, lehet kártérítési tartalmú. A delictumból tehát vagy kártérítési vagy büntetési kötelem származik. Hogy mi a kártérítési kötelem, arról már szólottunk, láttuk, hogy azt nem annyira tárgya minősége jellemzi, mert tárgya pénz, hanem jellemzi a pénz mennyisége, annyi pénzt kell szolgáltatni, hogy a károsult érdeke megtérüljön. A büntetési obligatiót sem tárgya karakterizálja, mert az is rendszerint pénz, azt megint célja teszi azzá, a mi.

A római jog tehát kétféle obligatióról szól, és ennek megfelelően kétféle actióról. Megkülönböztet *obligatio* és *actio qua poenam* és *qua rem persequimur*. Hogy mit ért qua poenam persequimur vagy röviden actio poenalis alatt, azt vissza lehet a magyarban adni: büntetési kötelem és kereset. De hogy mi az actio rei persecutoria, arra egyszerűen felelni nem lehet. A kártérítési kötelem nem fedi egészen, az actio rei persecutoria szélesebb valami, pl. a rei vindicatio is rei persecutoria actio. Arndts Ersatzklage-nak nevezi. Voltaképen minden actio, mely nem büntetési célzatú, rei persecutoria, tehát a contractusból eredő obligatiók, illetve a neki megfelelő actiók is. Van az actióknak harmadik csoportja is, olyanok t. i., melyek büntetésiek is, de mást is tartalmaznak. Ezek az actiones mixtae.

A delictum következménye, a kártérítési vagy büntetési obligatio annak javára áll elő, a kivel szemben a delictum elkövetett, helyesebben azzal szemben, a kinek érdekében a delictum által megsértett jogtételt az állam kibocsátotta. A római delictumok mint magánbüntettek állanak elő; ily módon a római jogban a poenának, a büntetésnek van oly kategóriája, a melyet a mai jog nem ismer, a *poena privata*, azaz oly követelés, melyet a megsértett fél követelhet a sértővel szemben. A kezdetleges római jog, mint minden kezdetleges jog, csak ilyen poena privatat ismer. A büntetés a sértő félnek és nemzetségének a dolga. Az már haladást jelent, a mikor a társadalom arra ébred, hogy a büntetés nemcsak a sértett dolga, hanem közérdek, hogy a büntett nemcsak az egyest, hanem a közt is sérti, hogy tehát a köznek is reagálnia kell. Ily módon a későbbi római jogban a poena privata mellé a poena publica lép. Ma kötelmet adunk a sértettnek, de nem abból a célból, hogy ő a másikat büntesse ez által, hanem csak kártérítési kötelmül. A büntetést nem a magánfél kezébe adjuk, hanem a köznek. Vannak a kettő között fokozatok, pl. az indítványi büntetések. A köz, az állam büntet, a büntetési kötelemnek ő a subiectuma, de csak akkor, ha a sértett fél arra indítványt tesz. Itt ismét további fokozatok vannak. Néha csak az első lökés megtételét adjuk meg a sértett félnek, de ha egyszer ezzel élt, többé az állami büntető gépezetet meg nem állíthatja, más esetekben mindvégig ő disponál. De mindezekben az esetekben megvan az elvi közös vonás, hogy t. i. a magánfélnek csak kártérítési kötelme van. De régebbi jogunkban nálunk is ismeretesek voltak a magánbüntetések.

Van a delictumból származó kötelmeknek harmadik faja is, a mikor a keletkező kötelem kártérítési is, büntetési is, ú. n. *actio mixta*. Mihelyt a kötelem a kárnál magasabb összegre megy, az már nem tisztán kártérítési, mert a lyukat, mely a károsult vagyonában keletkezett, nem lehet jobban megtömni, mint a mekkora, és így a kötelemnek a kárt meghaladó része büntetési jellegű. Ilyen az obligatio, illetve actio legis Aquiliae. Ha valaki a dolgomat

megrongálja, a sértett érdeke a dolognak a megrongálásakor volt értéke szerint állapíttatik meg, de a sértő nem ezt, hanem a dolognak az utolsó hónapban volt legmagasabb értékét köteles megtéríteni.

Függelék. A *contractus* és a *delictum* az a két tényalap, a melyből a legtöbb *obligatio* keletkezik. De az így keletkezetteken kívül is van még számos *obligatio*, a melynek elhelyezése a *systematikában* nehézséget okoz. A *malae fidei possessor* kötelmét a dologi jogban szokás adni, az *alimentationalis* kötelmeket a családi jogban stb. Ezek *extravagans* *obligatiók*. De még az *obligationalis* részben tárgyaltak se sorozhatók mind a szerződés vagy a kötelelem kalapja alá. Ép ezért a római *systema* felvette még a *quasi ex contractu* és a *quasi ex delicto* csoportokat. A *quasi ex contractu* *obligatióknál* csak annyi igaz a névből, hogy nem *ex contractu* vannak. Azok *ex lege* jönnek létre és egyik-másik tekintetben valamely *contractus*ból származó kötelelem mintájára szabályoztattak. Így a *condictio sine causa* a *mutuum* mintájára, a *negotiorum gestio*, a *gyám és gyámolt közti viszony* a *mandatum*-ra, a *communio incidens* a *societas*-ra. Még több értelme van a *quasi ex delicto* elnevezésnek. Ide oly kötelmek tartoznak, melyek károsító jogtalan cselekményből származnak ugyan, de a melyeknél vagy nem keressük, hogy ki követte el ezt a cselekményt, hanem *praesumptio iuris et de iure* alapján a valószínű tettesre rójuk a kötelmet, mint pl. az *effusa et deiecta* esetén, ha a lakásom ablakából kiöntött folyadék a járókelőt sérti, engem büntetnek, még ha nem is én öntöttem ki, vagy magasabb érdekből nem vesszük a cselekményt *delictum*-nak, mint a *iudex qui litem suam fecit* esetében. De ez az elnevezés is sántít, mert pl. a *positum et suspensum* esetén még semmi káros eredmény sem jött létre, mégis elmarasztaltatik a járókelőket veszélyeztető tábla kifüggesztő. Mindezek alapján a római beosztás igen gyenge, bár jobbal alig pótolható. A legújabb német *codex* az *obligatiókat* egymásutánban sorolja fel minden rend és *systema* nélkül. Ez persze már túlzás.

III. FEJEZET. A KÖTELMEK VÁLTOZÁSA.

129. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények.

a) A teljesítés lehetetlenülése.

Valamint a kötelelemkeletkeztető tényeket mind nem sorolhatjuk fel a kötelmi jogban, úgy a változtató tényeket sem adjuk itt mind elő. Pl. megváltoztatja tárgyilag a kötelmet, ép úgy mint minden jogot, a *litis contestatio*, az ítélet, de ezekről már az általános részben beszéltünk. Ott láttuk, hogy e két tény által nem új követelés áll elő, hiszen a régi zálogjog és kezesség megmarad. Itt a kötelmi jogban csak három fontosabb kötelemváltoztató tényt emelünk ki. Ezek ugyan szintén nem specialisan kötelemváltoztató tények, nemcsak a kötelmet változtatják meg, de legnagyobb fontosságuk mégis a kötelmeknél van. Ez a három tény: a teljesítésnek lehetetlenülése bizonyos esetekben, a *késedelem* és a *commodum*.

A teljesítésnek utólagosan beálló lehetetlenülése mennyiben változtatja meg az *obligatio* tárgyát? Ha a teljesítés tárgya véletlenül válik lehetetlenné, a *lő* megdöglik, akkor a kötelelem rend-

szerint megszűnik. Ennek tehát nem a kötelemváltoztató, hanem -szüntető tények közt van helye. Ha azonban a szolgáltatás az adós hibájából lesz impossibilissé, akkor az obligatio meg nem szűnik, hanem megváltozik. A mit mi most a következőkben előadunk, azt a könyvek a vétség tana előtt szokták előadni — helytelenül. Mert a szolgáltatásnak lehetetlenülése nemcsak akkor változtatja meg az obligatiót, ha a lehetetlenülés az adós hibájából áll elő, hanem bizonyos esetekben még az adós hibája nélkül is.

A régi jog megkülönböztetett a *stricti iuris* és a *bonae fidei iudicium* között. A *stricti iuris obligatio* tudvalevőleg certi volt, quid, quale, quantum tekintetében előre meg volt határozva, változást nem szenvedhetett. Az ilyen obligatióknál az a szabály, hogy ha a teljesítendő szolgáltatás absolute, mindenkre nézve lehetetlenné vált, akkor az obligatio megszűnik, tekintet nélkül arra, hogy az adós hibájából vagy hibáján kívül vált-e lehetetlenné. Ha azonban a teljesítés csak egy emberre nézve is lehető maradt, akkor az obligatio fenmarad. A. B.-nek rabszolgát adott el. Mielőtt átadta volna, elrabolták, a mi reá nézve persze casus, véletlen, nem az ő hibája. Minthogy ennek a rabszolgának átadása absolute nem lehetetlen, vagyis van ember, a ki átadhatná, ennél fogva, noha a mi adósunk sine culpa jutott ebbe a helyzetbe, mégis el fog marasztaltatni, persze nem a rabszolga átadására, hanem mint minden marasztalás, ez is pénzre fog szólni. Viszont, ha ő maga dolose vagy culpose agyonütötte a rabszolgát, a szolgáltatás absolute lehetetlenné válván, obligatioja megszűnt. Minden adós tehát felszabadulhat a szolgáltatás alól, ha dolose vagy culpose tönkre teszi a szolgáltatás tárgyát. Rendkívül primitív eljárás, a melynek oka abban van, hogy a régi jog magát az objectív kriteriumokhoz szereti tartani.

A *bonae fidei obligatióknál*, és minthogy ma minden obligatio ilyen, tehát a mai obligatióknál egészen más az általános szabály. itt általában az áll, hogy a lehetetlenülés megszünteti az obligatiót, ha az adósnak fel nem róható, de csak megváltoztatja, ha felróható. Mikor róható fel? Erre a kérdésre Dernburg, Arndts stb. Igen szűken felelnek, mert azt mondják, hogy lehetetlenülésnek az adós hibájából kell származnia. Ezt a kérdést sommásan elintézni nem lehet, ezt részletezni kell.

Felrovatik az adósnak először és kivétel nélkül, ha ő maga dolose szándékosan tette lehetetlenné a szolgáltatást. Ha ő a szolgáltatandó házat felgyújtja, a rabszolgát megöli stb., akkor kötelme nem szűnik meg, hanem megváltozik. A megváltozott tárgy érdek- vagy kártérítés lesz. Ez a szabály cogens, kényszerítő erővel van kikötve, vagyis a hitelező nem mondhat le arról, hogy a dolosus lehetetlenülés adósnak felrovassék. A *pactum ne dolus praestetur* érvénytelen. Ez persze nem zárja ki, hogy a hitelező erről a szerzett jogáról utólag, mikor a dolosus lehetetlenülés már beállt, le ne

mondhasson. A kártérítés érvényesítésére nem kényszerít, a jog csak azt nem engedi, hogy lemondjunk róla előre, mert ez annyi volna, mint sanctionálni a csalást, gazemberkedést.

Már kevésbé kétségtelen, hogy ha az adós a teljesítést culpa latajával teszi lehetetlenné, vajjon ez is felróható-e neki? A források ugyan ismételten mondják, culpa lata dolo comparatur, culpa lata dolus est. De éppen az a kérdés, igaz-e ez mindig? Erre a nézetek az irodalomban eltérők. Dernburg támaszkodva Mommsenre (*Beiträge zum Obligationsrecht*) azt tanítja, hogy ez a tétel feltétlenül áll. Ezzel szemben Jhering, Burghardt helyesen azt állítják, hogy ez a tétel nem minden, hanem csak az ex contractu obligationibus áll (94. l.). Tehát a contractualis obligationibusnál adós culpa lataja nem megszünteti, hanem csak megváltoztatja a kötelmet. Hát a levis culpával hogy vagyunk? Erre igen méltányos elvet állítanak fel, csak hogy a római jog nem viszi ezt az elvet következetesen keresztül. Az elv az volna, hogy culpa levis az adós csak az esetben rovatik fel, ha az obligatio az ő érdekében is fennáll. Ha a szerződés csak a hitelező érdekében kötött, akkor az adós culpa levisért nem, hanem csak lataért felel. E szerint a depositum esetében adós azért nem felel culpa levisért, mert a letét a hitelező érdekében kötött szerződés, ellenben a commodatarius levisért is felel, mert a dolgot használhatja. Ez szép szabály volna, de sok alóla a kivétel. Pl. a depositarius, ha maga kínálkozott, a mandatarius, a negotiorum gestor a római jog szerint felel culpa levisért. pedig az obligatio nem áll fenn az ő érdekükben, hanem tisztán a hitelezőében. Másrészt meg a precarista, az agrimenssor (földmérő) csak culpa lataért felel, holott előbbinek kötelme csak az ő érdekében, utóbbié pedig az ő érdekében is (fizetésért dolgozik) áll fenn. Ezért helyesebb elvi szabály helyett azt a tételt felállítani, hogy a szerződéses viszonyokban az adós culpa lataért épp úgy felel, mint levisért, tehát omnis culpaért, kivéve néhány esetet, t. i. a depositarium, ha nem ő kínálkozott, az agrimenssora és a precaristat. Hogy ezek culpa levisért miért nem felelnek, arra többféle magyarázat van. Legjobb a historikus magyarázat. E szerint a depositum, precarium, agrimenssor még oly időktől valók, mikor a római jog őket szerződéseknek el nem ismerte. Ámde a szerződésen kívüli obligationibusnál culpa levisért semmiesetre sem felelős az adós, így mind a három mentesül a culpa levisért való felelősség alól, a mi megmarad akkor is, mikor ezek a viszonyok contractusoknak elismertettek. Sőt a római befogás szerint a precarium nem is contractus, még később sem, mert a használatba adó bármikor visszavonhatja a dolgot, természetes tehát, hogy csak culpa lataért felel. A depositariusnál pláne kifejezetten az az elv áll, hogy csak dolusért felel, és vitás, vajjon nála a culpa lata dolo comparatur-e? Ennek megint az a magyarázata, hogy a letevőnek eredetileg csak delict keresete volt, a mi extra-contractualis viszony lévén, csak a dolus praestatur, és ez később

is megmaradt. A precarista és agrimensornak csak dolusra és culpa latara korlátolt felelősségére más magyarázat az, hogy a precarista a földet, melyet mivel, a sajátjának tekinti (az intézmény eredete t. i. az, hogy a római civis bármikor visszavonhatólag földet adott cliensének megművelés céljából); már pedig, ha tényleg övé volna a föld, semmiféle gondossággal sem tartoznék. Az agrimensor (földmérő) meg, úgy okoskodnak, régen igen becsült foglalkozás volt, ő ismerte egyedül a betűt stb. és így tiszteletből nem sújtottak nagyobb felelősséggel, tőle pedansságot nem kívántak. Ez alapon a pandektapraxis ezt a korlátolt felelősséget kiterjesztette az orvosra, ügyvédre, bíróra (a mikor még t. i. magánszerződés alapján, mint választott bíró ítél; ma már közjogi functiót végez), ugyanúgy ítélvén meg őket, mint az agrimensort. Persze ez nagyon kétélű fegyver. Jó volna pl. az orvostól fokozott gondosságot megkívánni, de ha megint nagyon szigorúra, nagyon szorosra feszítjük meg a húrokat, esetleg elriasztjuk az e pályára törekvőket egyrészt, az ezen pályán már levőket pedig a működéstől másrészt. Aztán meg rendesen eldönthetetlen kérdés is, hogy az orvos követett-e el ú. n. műhibát, terheti őt gondatlanság, mert e tekintetben a szakértőknek a concret esetben adott véleményei rendesen egymásnak ellentmondók. Ezért talán helyesebb is e foglalkozásoknál csak a drasticusabb hibákat, a culpa lata-t sújtani. A mi bírói felelősségünk, a bíró közjogi functiót végezvén, formailag nem esik ugyan ez alá a szabály alá, de az ethikai szempont ugyanaz, és azért a mi törvényünk, mely a bírói felelősségről szól, szintén csak vastag gondatlanságot említ, tekintettel a hazai viszonyokra.

A 93. l.-on kifejtettük, hogy a culpa lata és culpa levis elhatárolására az átlagembernek, a római bonus paterfamiliasnak gondossága szolgál mértékül (culpa in abstracto). Vannak azonban esetek, mint már ott is kifejtettük, a mikor mi a culpát nem így mérjük, mikor nem azt kérdezzük, hogy ebben a helyzetben a bonus paterfamilias, hogy szokott eljárni, hanem azt, hogy ez a concret ember hasonló helyzetben hogy szokott viselkedni. Kifejtette-e mindazt a gondosságot, a melyet ő maga hasonló helyzetben a maga ügyeiben ki szokott fejteni? Ezzel mi nem adunk neki privilegiumot a culpa lata elkövetésére, hanem a culpa levisért tartozó felelősségen lazítunk. Csak oly diligentíát kívánunk meg tőle quam quis in suis rebus adhibere solet. Ennek a 93. l.-on adott magyarázaton kívül az is oka, hogy az ilyen culpa in concretóval mért esetekben nem ideig-óráig, hanem állandó viszony van, mely mint a societas, házasság évtizedekre, sőt az egész életre is kiterjed. Azt pedig nem kívánhatjuk meg senkitől, hogy egész életére kivetkőzzön a maga természetéből, ultra posse nemo tenetur.

Másik igen érdekes, e tanba vágó kérdés, vajjon a lex Aquilia áll-e oly esetekben is, mikor szerződésileg csak dolusért volna az adós felelős? Pl. én letétbe teszem a dolgomat B.-nél. B. csak

dolusért, vagy némelyek szerint még culpa lataért is felel, de culpa levisért nem. Meg van azonban a római jogban az a szabály, hogy másnak a dolgával szemben summa diligentia járjunk el. Ezt a lex Aquilia rendeli, mely szerint még levissima culpa esetén is delikt kereset támad a kárttevő ellen. (Ez az egyedüli eset, hogy a culpa extracontractualis viszonyban is praestatur.) Hogy leszünk már most, ha B. a nála letett dologban culpa levissel kárt okoz. Actio depositi directával nem fordulhatok ellene, mert ex deposito culpa levisért nem felel. Vajjon indítható-e ellene az actio legis Aquiliae, a melynek alapján a culpa levis okozta kár is követelhető, és a mely indítható volna ellene minden esetre, ha köztem és közte semmiféle contractualis viszony fenn nem állna. Ez vitás. Némelyek szerint megindíthatom, mások szerint nem. Ebben a kérdésben voltaképpen kettő az, a mit meg kell különböztetnünk. Meg kell különböztetni azt az esetet, mikor a contractualis viszonyból fogva valakinek meg van engedve oly cselekmény, a mely különben nem volna neki megengedve. Ily módon, ha a dologban kár esik, nem az ő culpája folytán történik az, mert culpa est se immiscere in rem se nihil pertinentem. Ha látogatóba megyek önhöz, és az asztalán álló vázát akár csak culpa levissima folytán is eltöröm, felelek, mert nekem az ön dolgaihoz nyúlnom nem szabad. De ha a vázát reparálás végett hozzám adja és az ugyanazon kézmozdulat folytán eltörik, nem felelek, mert nekem a munkabér szerződésnél fogva szabad, sőt kötelességem is hozzányúlni. Ekkor tehát ez a kézmozdulatom már nem lesz culpa, és így, holott előbbi esetben a lex Aquilia alapján feleltem, most nem fogok felelni. Ez csak trivialis ismétlése annak, hogy a mi meg van engedve, nem lehet tilos. De lehet másodszor, hogy a contractualis viszonyban bizonyos cselekmény nincs ugyan megtiltva, de nincs is megengedve. Ha ilyenkor ebből a meg nem engedett, bár nem tilos cselekményből valami kár származik, akkor igenis felelek a szerződéses felelősségen kívül a lex Aquilia alapján is. V. ö. fr. 5. §. ult. D. 9. 2. Ott arról van szó, hogy a csizmadia a hozzá tanonczul adott fiút kelleténél erősebben megveri, úgy, hogy szemét kiüti. Felmerül a kérdés, hogy ezért felel-e és mennyiben? Julianus azt mondja: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti, sed lege Aquilia posse agi non dubito. A bér szerződés alapján, úgymond, nem igen felel, mert mint mesternek bizonyos büntetésre joga van, tehát csak culpa levissima okozta a kárt, a melyért pedig ő a szerződés alapján nem felel, de kétségtelentül felel a lex Aquilia alapján. Az eredmény tehát az, hogy a contractualis viszonyokban az adós a lex Aquiliaért is felel, kivéve, ha az a cselekmény, a mely különben a lex Aquilia alá esnek, a contractualis viszony által meg van engedve. Ha nincs megengedve, még mindig meg marad tiltva a lex Aquilia által.

Felrovatik harmadszor néha a lehetetlenülés, ha a teljesítés lehetetlenülését az adósnak még csak culpája sem okozta. Ide tar-

tozik először az az eset, ha oly valakinek culpája vagy dolusa okozta a lehetetlentülést, a kiért az adós a törvény erejénél fogva felelős. Nem ide tartozik azonban az az eset, ha közvetlenül ugyan más valaki, de közvetve mégis az adós okozta a lehetetlentülést, mert alkalmat adott arra, hogy ez a másvalaki ezt a kárt okozhassa. Tehát nem ide tartozik a culpa in eligendo, rossz, alkalmatlan embert választottam a szolgáltatás véghezvitelére, culpa in custodiendo, rossz módot alkalmaztam a szolgáltatás, illetve tárgy megőrzésére és épúgy nem ide tartozik, a miről szintén lehetne beszélni a culpa in instruendo, rosszul tanítottam be az alkalmazott embert. Mindezekben az esetekben én magam vagyok közvetett okozója a kárnak. A kárt az én culpám okozta, és ilyenkor a magam culpájáért, nem másért felelek. Persze, hogy milyen *gradus culpa in eligendo*-ért stb. tétetem felelőssé, az ismét az illető viszonytól függ. Itt nem ezekről van szó, hanem arról az esetről, mikor valóban másnak dolusa és culpájáért felel az adós. Ilyen eset, hogy a dominus felelős az institor culpájáért és dolusáért, és hogy a locatio conductio operisnél a conductor felelős segédszemélyzetéért. Ez csak kezdete annak a fejlődésnek, a mely ma modern irányzattá vált, hogy t. i. mindennemű contractualis viszonyban az adóst felelőssé tegyük azon embereknek a culpájáért és dolusáért, a kiket ő alkalmazott. Ez a modern jogok tendenciája, de még a római jogban nincs általánosságban elismerve. Ma is azonban ingadoznak a vélemények, hogy ezt az elvet mennyire kell általánosítani. A dominust felelőssé tenni segédjéért, ha elküldi hozzám dolgozni és e közben kárt okoz, ez helyes, és ennyit a római jog is kimond, de felelőssé tenni, ha a segéd nálam lop, már túllő a célon, beláthatatlan következményekhez visz.

Az, hogy az adós másnak a dolusáért és culpájáért felel, csak esete annak, hogy bizonyos esetekben casusért is felel. Másnak dolusa, culpája rá nézve casus. A casus tekintetében szabály az, hogy casus a nemine praestatur, casusért senki sem felel. (Ez helyesebb szövegezése az elvnek, mint pozitív formában: casum sentit dominus; mert pl. az adásvételnél az eladó nem viseli a casust, holott még ő a tulajdonos.) Ez alól csak két kivétel van. Egyik a fenti, a mikor az adós a törvény egyenes rendelkezésénél fogva másnak culpájáért és dolusáért felel, a másik kivétel meg a caupo (szállodás), nauta (hajós) és stabularius (istállógazda), a kik casusért is felelnek. Más kérdés, jogosítva van-e pl. a szállodás azt követelni, hogy az ékszerek az irodában leteendők, különben értők felelősséget nem vállal. Római jog szerint nem. Az ő felelőssége cogens szabály. Már a megőrzés-modalitást meghatározhatja, pl. megkivánhatja, hogy az értéktárgyak nála bejelentendők. A római jognak ezt az elvét a nautáról átvitték a modern fuvarozóra, vasútra, gőzhajóra. Mindezek casusért is felelnek, de csak a *vis maior* határán innen, a mi alatt, hogy mit kell érteni, lásd 94. l.

Függelék. Vannak írók, különösen Baron, a kik az alól a szabály alól, hogy casus a nemine praestatur semmi kivételt sem engednek meg, és azt a mit mi ilyenkép felállítottunk, máskép igyekeznek megmagyarázni. A régibb írók e célból a culpának harmadik fokát, a culpa levissimát állították fel, a mi nyilván tévedés, mert bár a de lege Aquilia titulusban meg is találjuk ezt a kifejezést, ott úgy szólván, csak mint költői túlzás, de nem mint külön elhatárolt egység van felemlítve. Aztán meg, ha a szállodából az én órám ellopják, a szállodást még culpa levissima sem terheli, mégis felel. Baron ezzel szemben másként jár el. Ő a casus fogalmát megszorítja, csak azt a kárt sorolván ez alá, a mi általában nem emberi szándékból vagy gondatlanságból származik. Nem casus tehát, a miért a conductor felel, mikor alkalmazottja hibájáért felel, ő ekkor culpam praestat, csak hogy nem a maga, hanem másnak a culpáját. A mi pedig a nautát stb. illeti, arról is elismeri Baron, hogy nem a maguk culpájukért felelnek, hanem felelnek másért. E célból ő felállítja mint külön fogalmat: a custodia-t, a mely fogalmat ingó dolgokért való felelősségre alkalmaz. Szerinte ingó dolgok tekintetében kétféle custodia kívánható meg: obiectiv custodia, a dolog nálam legyen, az én ingatlanomon és subiectiv custodia, a dolgot őrral stb. őriztessem. A mikor csak obiectiv custodiával tartozom, akkor csak a magam culpájáért felelek, így ha a magam dolgával a bonae fidei szerződés alapján tartozom, pl. eladó vagyok, vagy ha másnak dolgával tartozom rám nézve nem előnyös ügylet alapján, pl. ha depositarius, mandatarius vagyok. Ha pedig subiectiv, vagy Windscheid elnevezése szerint technikai custodiával tartozom, akkor a dolgot személyesen kellene őriznem vagy őriztetnem, és így minden a dolgot érő kárért felelek, kivéve vis maiort és más erőszakos módot, pl. erőszakkal ellopják, elrabolják a dolgot: custodia adversus vim parum proficit. Ide tartozó esetek volnának, mikor a dolog rám nézve előnyös ügylet alapján van nálam, vagyis a nauta és caupo, a stabularius, a dolog- mű- és munkabérlő, a commodatarius, a záloghitelező, továbbá ha nincs is az ügylet érdekemben, de magam toltam fel magam pl. depositariusnak, ide rokonul a negotiorum gestor is stb. Mindezek tehát fokozott gondossáért tartoznak, diligentia exacta vagy exactissimával, a mi tehát harmadik fok volna a diligentia quam bonus paterfamilias és quam in suis rebus adhibere solet mellett.

Baron ezen tanával szemben a következőket kell kiemelnünk: A források a diligentia exactát vagy exactissimát nem mint külön fokot említik, hanem az abstract, a bonus paterfamilias gondosságát nevezik így az enyhébb culpa in concretóval szemben. A mint általában a diligentia nem is valami külön gondosság, bár a források a culpa mellett gyakran diligentiaról külön is tesznek említést, beszélvén culpam et diligentiam praestariól. Ennek történelmi magyarázata az, hogy a régi jog culpa alatt csak káros gondatlan faceret értett, a gondatlan abbanagyást nem nevezte culpának. A római jogtudományának hosszú küzdelem után sikerült a kétféle gondatlanság megítélését egységesíteni, a mi úgy látszik, először a commodatumnál történt. (L. 5. §. 3. D. 18. 6.) Az úgy positiv mint negativ gondatlanságot egyaránt kizáró gondosságot nevezték együtt diligentianak. Ott tehát, a hol a források omnem diligentiam kívánnak meg, még nem tesznek felelőssé casusért, hanem csak culpáért, persze levisért is. A megkívánt diligentia ingó dolgokra vonatkozólag persze custodiával is járt, de annak nagysága nem a Baron adta mértékkel határozódott meg, hanem megint csak vagy a bonus paterfamilias, vagy a concret ember rendes őrzési gondosságával. Ez a custodia, a mely, mint Brinz helyesen mondja, számos cselekményekből (őrálás, bekerítés, elzárás, javítás, cautio damni infecti követelés stb.) alakult species, vagy magából a szerződésből folyik, vagy külön szerződésben kiköthető, vagy mellékegyezménynek lehet tárgya. Pl. a depositarius semmiféle custodiát sem tartozik alkalmazni, mert a depositum csak a hely átengedésére, nem a megőrzésére irányul, úgy, hogy ha a dolgot megőrzésre adom, az nem depositum, hanem mandatum. A mikor a custodia szerződésileg van kikötve, kiköthető persze annak mértéke is, tehát esetleg a

a casusért való felelősség is. De ilyenkor az illető nem a custodia folytán felel a casusért, hanem a szerződés alapján. Vagyis a ki custodiaért felel, még nem okvetlenül felel a culpa határain túl. Helytelen tehát Baron nézete, mikor egyrészt az omnis diligentia culpa határain túl kiterjesztett felelősségnek nézi és ez alapon ilyen fokozott felelősség kívánalma alá helyezi a commodatariust, záloghitelezőt stb., kik valójában csak omnis culpaért felelnek, másrészt pedig midőn a fokozott felelősséget a custodiaval magyarázza, holott abból, hogy custodiaval tartozunk, a felelősség terhére semmi sem foly, sőt ellenkezőleg inkább a felelősség nagyságából kell a custodia mérvét meghatároznunk.

130. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények.

b) A késedelem.

Ha az adós nem teljesít, akkor a mikor neki teljesítenie kell, ez által bizonyos feltételek mellett az ő tartozásának a tárgya módosul, mással tartozik, vagy többel, mint azelőtt. Rendesen kétféle késedelemről beszélünk, mora debitorisról és mora creditorisról. Azonban a kettő nem esik egészen egy szempont alá. A mora debitoris kötelesség mulasztás, a másik nem az. Az adós köteles teljesíteni, a mikor az ideje megjött, de a hitelező nem köteles elfogadni. Az adós jogtalanságot követ el, ha nem teljesít, de a hitelező semmiféle jogszabályt nem sért, ha a teljesítést nem fogadta el. Néha a látszat csal. Ha én megveszem valaki erdejének a fáját, én mint hitelező kapom a fákat. De én megvehetem úgy, hogy köteles vagyok őket egy hét alatt elszállítani. Ha most nem szállítom el őket, a látszat olyan, mintha én, mint vevő, mint hitelező esném késedelembe, morába. Pedig nem úgy van, én ilyenkor mint adós esem morába, mert nem az adásvételből folyólag, hanem ahhoz fűzött pactum adiectum alapján tartozom őket elszállítani, a mely pactum adiectumban én vagyok az adós. Az adós morája jogtalanság, nem az a hitelezőé. A késedelem a hitelezőnek tehát nem azért rovatik fel, mert jogtalanságot követett el, hanem mert jogtalanság volna, ha az adós viselné annak következményeit. A források ilyenkor nem szólnak moráról, késedelemről, hanem úgy beszélnek: *per creditorem stat, quominus obligatio non repleatur*. A késedelem, mint a kötelmi jog általános tanainak nagy része általános, az egész jog területére kiterjedő érvényű, itt csak a kötelmi jogban való nagy fontossága miatt taníttatik.

I. Mora debitoris vagy mora debendi. Az adós késedelmének tényállása az, hogy nem teljesítette a maga tartozását a hitelező felhívása, interpellatioja dacára akkor, mikor teljesítenie kellett volna. A mora debitorishoz tehát három kell. Kell először, hogy a tartozás esedékes legyen. Esedékes a tartozás, ha az actio nata est, ha a hitelező a maga követelését akár bíróilag is érvényesíthetné. Mig tehát a dies, a condicio be nem következett, mig a hitelező actiója ellen exceptio érvényesíthető, a tartozás nem esedékes. De

a tartozásnak esedékessége még nem elég az adós késedelembe eséséhez. Kell másodszor a hitelező részéről jövő megintés, interpellatio. A római jog abból indul ki, hogy dies in dubio pro reo est, vagyis a hitelező a dies, a fizetési idő letelte előtt nem követelhet, csak az után követelhet. A római jog felfogása az esedékességről az, hogy a hitelező ekkor van jogosítva követelni, de nem az, hogy az adós felszólítás nélkül is köteles volna fizetni. A germán jogok az ellenkezőt vallják, ott az az elv, hogy mora fit ex re, a mora az esedékességgel együtt beáll, a római jogban mora fit ex persona, csak a hitelező interpellációjával áll be. Ennek az interpellationak, ennek a megintésnek abban kell állania, hogy a hitelező érthetően, akármilyen formában kifejezi azt az akaratát, hogy most már követel. A számlaelküldés még nem interpellatio, már a nyugtatott számla elküldése igen. A megintésnek oly részről kell bekövetkeznie, a kinek joga van a követelés fölött disponálni. Tehát megintethet a hitelező már a pupillus nem. A megintésnek kellő időben és kellő helyen kell történnie, különben nem lehet komolyan venni, tehát csak opportuno loco et tempore. A középkori írók háromszori megintést kívántak meg, a mi úgyis megtörténhetett, hogy a hitelező egymásután mondta solve, solve, solve. Hogy a negotiorum gestor inthet-e, vitás. Helyesebb neki ezt a jogot meg nem adni, mert a hitelező esetleg utólag jóvá nem hagyja és aztán fizetni sem köteles az adós a negotiorum gestornak, nem köteles tehát intését sem elfogadni. Vannak kivételes esetek, a mikor nem kell interpellatio. Ilyen, ha az adós fel nem található. Ilyenkor az intés nem eszközölhető. Ma a formalis jogokban, pl. a váltónál még ekkor sem engedjük el az intést, szelóvást veszünk fel, a civiljog szerint az intés elmaradhat. Szükségtelen másodszor az intés, ha az obligatio ex delicto származott fur (értve alatta minden delictumot elkövetőt) semper moram facere videtur, semper in mora est. Rá mindjárt a tett elkövetése után, azok a szabályok állanak, a melyek a többi adósnál csak az intés után, pl. casusért is felel. Harmadszor elmaradhat az interpellatio, ha a felek ez iránt megállapodnak, a mikor is dies interpellat pro homine. Kérdés, vajjon ilyen megállapodásnak vehető-e, ha a felek a szolgáltatás idejét megállapítják? A közelebb fekvő és a római források követte felfogás, hogy nem. A középkorban azonban szokásszerűleg kifejlődött a pandektapraxisban a germán jog hatása alatt az ellenkező elv. A német polgári tvk. is ezt az elvet követi, úgy rendelkezvén, hogy, ha a szolgáltatás ideje kalendáriumi nappal tehát datumszerűleg van meghatározva, akkor az interpellatio nem szükséges. A Code Napoleon szerint, ha datum ki is van tűzve, interpellatio mégis szükséges a mora beálltához, kivéve, ha a felek az ellenkezőt előre kijelentik.

Ahhoz, hogy az adós morába essék, harmadszor az kell, hogy az a tény, a melyért ő nem teljesített, neki felróható legyen. Hogy mely tények róhatóak fel neki, arról a lehetetlenítésről beszéltünk.

2)

Nem kell interpellatio
1) ha az adós fel nem található
2) fur.
3) obligatio ex delicto
4) semper moram facere videtur

3)

Technice véve mora tehát csak akkor van, ha a késés neki felróható tényen alapszik. Nem mora tehát, ha vis maiornál fogva nem teljesíthet 8 napig. Erre szeretnek a mai gyárosok sztrájk esetén hivatkozni. Helytelenül, mert a sztrájk nekik felróható tény, az e miatt beálló szállítási késés igenis mora. A bizonyítás tekintetében az áll, a mi a culpánál. Ha a szolgáltatás lehetetlenül vagy ő késedelembe esik, nem a hitelezőnek kell az adós culposus voltát, a morának neki felróhatóságát bizonyítani, neki kell magát exculpálnia. Persze a szó itt nem egészen talál, mert más is felrovatik neki, nemcsak a culpa. Ez az a híres vitakérdés, hogy a mora mindig kell-e, hogy culposus legyen. Windscheid nyomán az uralkodó nézet, hogy a mora csak akkor rovatik fel, ha culposus. Ez helytelen. Az igaz az, hogy a késés akkor mora, ha a késés adósnak felróható az előbbi §-ban kifejtettek szerint. Méltányossági szabály a római jogban, hogy az adós nem esik morába, ha bebizonyítja, hogy nem tudta, hogy teljesíteni kell, és tévedése menthető. Megjegyzendő, hogy bár a nyelvérzék szerint késedelemről csak akkor beszélünk, ha az adós most nem akar teljesíteni, de később igen, holott nem nevezik késedelemnek azt, ha az adós általában megtagadja a teljesítést, a jog szempontjából ez utóbbi is késedelem, mora. Lehetséges, hogy az adós azért nem teljesít, mert a szolgáltatás általában lehetetlenné vált. Itt meg kell különböztetni, vajjon ez a lehetetlenülés neki fel nem róható-e, mert ez esetben mentesül, vagy pedig felróható-e, a mikor is kártérítéssel tartozik. Lehet, hogy a szolgáltatás most nem lehető, de később lehetővé lesz. Ez esetben a tartozás nem szűnik meg, hanem később kell teljesíteni. Ilyenkor ismét két eset lehetséges, vagy felróható neki ez az időleges lehetetlenülés, és akkor késedelembe esett a lehetetlenülés dacára, vagy nem róható fel neki, és akkor a késedelem hatásai nem állanak be. Ez mathematice van így. Practice azonban nehéz kérdés, mikor mondható a lehetetlenülés véglegesnek, mikor időlegesnek.

Ez a móra tényállása. Már most mi a joghatása? Főhatása, hogy ennek a késésnek a következményeit az adós viseli. Az adós azt a helyzetet köteles előállítani, a melyben a hitelező volna, ha idejében teljesített volna. A teljesítésért teljes kártérítést köteles adni. Meg kell térítenie id quod interest creditoris moram factam non esse. A darere menő obligatióknál tehát később is köteles a dolgot adni, de a mennyiben az a hitelező kezében új értéket produkált volna (fructus, melyet a hitelező húzott volna), ezt is köteles az adós restituálni. Hogy mit húzott volna belőle, hogy mit tudott volna belőle csinálni, azt persze a hitelezőnek kell kimutatnia. Ha ilyen különös felhasználást kimutatni nem tud, akkor praesumptióval élünk. A mi magából a dologból előáll, a fructus naturalis, az ú. n. commodum ex re, erről praesumáljuk, hogy a hitelező is előállította volna. A pénznél ez a commodum ex re a késedelmi kamat.

Ezt az adósnak fizetnie kell a nélkül, hogy a hitelezőnek be kel-
lene bizonyítania, hogy ő is ilyen kamatot kapott volna. Azt már
jogában van kimutatni, hogy nagyobbat húzott volna és akkor az
adósnak azt kell fizetnie. A késedelmi kamat magassága positiv
valami, a mit külön jogszabály szokott megállapítani. A római jog-
ban a corpus iuris idejében 6%-et számítottak, a kánonjog befolyása
alatt ez 5%-re süllyedt. A pandektajogi 5% nálunk újabban szintén
belekerült a törvényhozásba kissé elhamarkodva. Az a szabály, hogy
a késedelmes adós az egész interessel tartozik megtéríteni, csak a
bonae fidei obligatióknál állt, a stricti iurisoknál interesse megtérítés
nem volt.

Az adós morájának másik hatása a *perpetuatio obligationis*.
Ha az adós idején teljesített volna, akkor a hitelező megkapta
volna a magáét és nem törődött volna azzal, ha a teljesítésnek
megfelelő tárgy később az adósnál akár véletlenül is tönkrement
volna, pl. ha a hitelező a maga lovát megkapta, nem igen bánja,
ha azután az adós istállója véletlenül leég és így most már nem
tudna szolgáltatni. Ha pedig az adós nem teljesít idején, akkor a
teljesítendő tárgy tönkremenését az általános szabály szerint a
hitelező viselné. Ez túrhetetlen, mert így az adós helyzete
javulna a késedelme, tehát jogellenes cselekménye által a hitelező
rosszabbodna. Már pedig a hitelezőt nem rövidítheti meg jogában
az, hogy az adós morába esett. Ellenkezőleg. Az adósnak oly álla-
potot kell előteremtenie a hitelező javára, a milyenbe az a kellő
időben való teljesítéssel jutott volna. Ebből foly, hogy a morába
eső adós casus általi lehetetlentől is felel, a mint mondani
szokás: a veszélyt viseli. Már most bármi oknál fogva lehetetlenül
a szolgáltatás, ez az adós baja, ő teljes érdektérítéssel tartozik,
mert ha kellő időben teljesített volna, ez a lehetetlentől a
hitelezőt nem érte volna. Ezzel szemben persze mindig fenn van
hagyva az adósnak annak bizonyítása, hogy ha ő teljesített is volna,
a hitelezőnek még sem volna semmije, mert a szolgáltatás tárgya,
a ló a hitelezőnél is elpusztult volna. Vagyis az adós megkivánhatja,
hogy bár igaz, hogy a hitelezőnek az ő késedelme folytán rosszabb
helyzetbe jutnia nem szabad, másrészt jobb helyzetbe se jusson.
Pl. az ellenség betör az országba és minden a községben levő lovat
elvisz magával. Adósnak, kinek ezelőtt 3 nappal kellett volna a
lovat átadnia, lehetetlenné vált a teljesítése. De mert ez már a
mora alatt történt, ő ezért felelne, vagyis a hitelező teljes kártéri-
tést követelhetne. Ezzel szemben adós helyesen hivatkozhatik arra,
hogy a hitelezőnek mora nélkül sem volna lova, mert az ellenség
tőle is elvitte volna, a casus a hitelezőnél is beállt volna; így tehát
ő mégis szabadul. Ez alól persze megint kivétel, ha a hitelező
viszont be tudja bizonyítani, hogy ő nála a dolgot casus nem érte
volna, mert pl. már az ellenség betörése előtt eladta volna a lovat. A
perpetuatio obligationis tehát azt jelenti, hogy a szolgáltatásnak casus

ment per
em f... 1

által lehetetlenülése sem szünteti meg az ő obligatióját, az állandósul. Ugyanennek az elvnek további alkalmazása, hogy a mikor az adós késedelméből folyó érdekmegtérítésről van szó, a hitelező további bizonyítás nélkül a legnagyobb értéket követelheti, a melyet a dolog a kellő szolgáltatás elmulasztása óta elért, bár később ismét hanyatlott értékében. Követelheti azért, mert az adós úgyse tudná bebizonyítani, hogy a dolgot máskor értékesítette volna. Persze más az eset, ha az adós ezt mégis be tudja bizonyítani.

Minthogy azt mondtuk, hogy a hitelező a mora folytán kárt ne szenvedjen, hanem az egész interestet megkapja, ebből foly, hogy ha a hitelezőnek csak a rendes teljesítésben lett volna előnye, a mora beálltával egyoldalúan visszaléphet a kötelemtől. De ezt a beneficiumot a római jog nem adja meg minden bizonyítás nélkül. Hitelezőnek be kell bizonyítania, hogy neki egyedül a kellő időjű teljesítésben volt érdeke. A mi kereskedelmi jogunk liberalisabb, mert a vételnél a visszalépési jogot minden bizonyítás nélkül megadja. Jogában van a hitelezőnek, hogy a morába esett adós teljesítését tovább be nem várva, a római jogban a halaszthatatlan érdek bizonyításával, kereskedelmi jogunk szerint a nélkül is, a szükséges dolgot máshol beszerezze, a mikor is, ha a két teljesítés közt árkülönbség van, ezt az adósnak mint interestet kell megtérítenie.

Ezek a mora debitoris következményei, a melyek mindaddig tartanak, mint maga a késedelem. Mert a késedelem állapot tény, nem cselekvési tény, tehát joghatásai is tartósak és egyhosszúak magával az állapottal, ép úgy, mint azt a birtoknál is láttuk. Ha azonban a mora megszűnik, a mikor is *purgatio morae*-ről beszélünk, vagyis ha az adós a mora által megváltozott kötelezettségét teljesíti, illetve felajánlja, akkor a morával együtt annak hatásai is megszűnnek.

A mora debitorisról mondottak dispositív szabályok, a melyeket a felek megmásíthatnak. A hitelező akár mindigre, akár egy időre róluk lemondhat. Ez utóbbi esetben halasztásról beszélünk. Ha a hitelező tehát 14 napi halasztást ad, ez annyit jelent, hogy 14 napig adós késése nem mora.

A halasztásra vonatkozólag a római jog néhány singularis intézkedése a következő:

1. Méltányossági okokból az adós modicum tempust kap a teljesítésre, így az örökös a hagyatéki tartozásokra nézve, az örökösárs a collatióra, továbbá a bíróság előtt beismerő és halasztást kérő adós stb.

2. Iustinianus rendelete szerint a fizetéseképtelen adósnak a hitelezők többsége a hitelezők ehhez hozzá nem járuló kisebbségére is kiható legfeljebb 5. évig tartó halasztást adhat. A többség nem a hitelezők számát, hanem a tartozás nagyságát jelenti itt.

3. Maga a fejedelem is adhatott az adósnak rescriptum kibocsátásával *moratoriumot*, mely rendszeren szintén 5. évig tartott, innen neve: *quinquennale*.

4. Ide tartozik a *beneficium competentiae* is. Bizonyos adósok azt követelhetik a teljesítéskor, hogy nekik annyit meghagyassék, a mennyire élet-

fentartásuk céljából szükségük van. Ezt követelheti a katona összes hitelezőitől (némelyek szerint, bár nem áll, az ügyvédek és papok is, milites Christi et Iustiniani, a militia spiritualis et togata hivei), a lex Iulia de cessione bonorum szerint az az adós, ki önmaga kérte maga ellen a csődöt és a hitelezők kielégítésére egész vagyonát felajánlotta, kérheti ezt a beneficiumot később szerzett vagyonára nézve, az, a ki még atyai hatalom alatt álló adósságait ki akarja fizetni. Kérheti továbbá ezt a jótéteményt: az ascendens descendensével szemben, a házastársak egymással, az após a hozományt kérő vejével szemben, a férj, illetve apja és gyermekei azokkal szemben, a kikre a dos törvényerejénél fogva viasszaszáll. Ugyancsak kérheti az ajándékozó ebből származó tartozása megfizetésénél, a societasnál mindegyik társ a másiktól. A beneficium competentiae ius personissimum, sem a kezest, sem az örököszt meg nem illeti. Ex delicto tartozásoknál, vagy ha az adós dolusba esett, nem kérhető (pl. a filiusfamilias sui iurisnak adta ki magát); továbbá az adós le is mondhat róla, hacsak ez a lemondás contra bonos mores nincs (pl. az apa fiával szemben le nem mondhat) és csak addig tart, ennyiben halasztás, míg az adós új vagyont nem szerzett. A perben bármely stadiumban, in iure, in iudicio, sőt in executione is érvényesíthető, ezután már nem. Vagyis a már egyszer megtörtént teljesítés ez alapon vissza nem követelhető. A beneficium csak a szükséges alimentatióra terjed ki, más tartozások erre alapul nem szolgálhatnak, kivéve az ajándékozónál. A beneficium competentiae-hez hasonlóak a mai végrehajtási korlátok, a melyek már a római jogban is megvoltak; a parasztnak munkás rabszolgáit, ökreit stb. birói zálog alá nem lehetett venni. Ezek a korlátok nem beneficium competentiae, mert nem szólnak egyenesen alimentatióra és nem alakulnak az adós individualis helyzete, pl. gyermekei száma szerint.

II. Mora creditoris vagy credendi. Tényállása az, hogy a hitelező a neki kellőleg felajánlott teljesítést el nem fogadja. A legtöbb esetben ugyanis a szolgáltatás csak a hitelező közreműködésével lehető. Lehető a nélkül is, a mikor is a solutio a teljesítés, az adós egyoldalú ügylete, pl. mikor valaminek nem csinálására kötelezte magát. Nem szükséges az a hitelező elfogadása a teljesítésnél akkor sem, ha a kötelem abban áll, hogy az adós tertiusnak adjon valamit, pl. a nápolyi utazók kedvencz sportja, hogy macaroni árúsnak megfizetnek annyit, a mennyit az ott álló utczai suhancz egyszerre be tud kapni. Itt a teljesítés nem a hitelező irányában történik, az ő közreműködése nem szükséges. A legtöbb obligationál azonban az adós csak a hitelező közreműködésével teljesíthet, a hitelező elfogadása nélkül a legtöbb esetben solutio nem történhetik, vagyis a solutio rendesen kétoldalú jogügylet, kötelemszüntető szerződés. A hitelezőnek ez a közreműködése különféle lehet. Darenél a dolog átvételében áll, a festménynél abban, hogy üljön a festőnek stb. Ha már most a hitelező a teljesítéshez szükséges közreműködést meg nem adja, róla is azt mondjuk, hogy késedelembe esett. Ilyenkor a hitelező nem sért kötelezettséget, csak lehetetlenné teszi az adósnak a teljesítést. Már pedig az igazság azt kívánja, hogy az adós a hitelező lustasága vagy rosszakarata miatt ne szenvedjen, vagyis helyzetének javulnia kell.

A hitelező késedelméhez szükséges először, hogy a teljesítés neki kellően felajánltassék annak a részéről, a ki érvényesen teljesít-

het. Ez a felajánlás, ~~obligatio~~ a hitelező késedelménél ugyanazt a szerepet tölti be, a melyet az adós késedelménél az interpellatio. Rendszerint realobligatio szükséges, nem elég mondanom, hogy hajlandó vagyok fizetni, tenyleg offerálnom kell a dolgot. Néha azonban ez pusztán verbalis obligatio is elegendő, a mikor t. i. a teljesítést megelőzőleg vagy a teljesítés ellenében először a másik fél részéről való közreműködés szükséges. Előzőleg pl. a vaskereskedésekben szokásos, hogy az eladott vasat a vevőnek bizonyos formában szokás megküldeni, a mely formát ő határoz meg előre, a mit specificatió-nak hívnak. Itt, ha a teljesítés ideje megérkezett, a vaskereskedő mindenekelőtt specificatióra hívja fel a vevőt, tehát verbalis obligatio történik, a melynek, ha hitelező eleget nem tesz, késedelembe esik. Valamint az interpellatio szükségével szemben láttuk a mora ex-ret, úgy itt az obligatióval szemben is hasonló alakulat észlelhető. Ha jegyet veszek a vasútra és nem jövök kellő időben, a vonat már elrobogott, hitelezői késedelembe estem, holott velem szemben sem realis, sem verbalis obligatio nem történt. Ez képzelhető minden obligatió-nál, a hol a hitelezőnek kell elmennie a teljesítésért az adóshoz (Holschuld szemben a Bring- és Sendschulddal. Bringschuld, ha a hitelezőnél kell a teljesítésnek történnie, Sendschuld, ha az adósnál ugyan, de ő az áru elszállítását, persze veszély nélkül, elvállalta). Másodszor, a hitelező csak akkor esik késedelembe, ha az ajánlatot fel neki a másik részről, a mi teljes solutiót ad. Részteljesítést nem köteles elfogadni. Ez persze cum grano salis veendő. Ha az adós 1000 frt helyett 999 frt 98 krt hoz el azzal, hogy a két krt mindjárt elhozza, ezt a hitelezőnek el kell fogadnia, különben morába esik. A teljesítésnek kellő módon, opportuno loco et tempore kell felajánlatotni, a mi különben mind benne van a teljesítés fogalmában. A polgári embernek nincs ugyan üzleti órája, de azért éjjel 12 órakor nem köteles a teljesítést elfogadni, bár aliquantum paulum incommodi mindenki köteles eltűrni. Így cum grano salis veendő az a tétel is, hogy a teljesítési idő az adós érdekében van kikötve, vagyis hogy az adós, ha akar, előbb fizethet, és a hitelező morába esik, ha ő azt el nem fogadja. De vajon morába esik-e a hitelező, a ki őszre rendelt író asztalt és azt neki nyáron hozzák el városi lakásába, holott ő máshol nyaral? Nyilván nem, mert méltányos tekintettel kell lenni a hitelező viszonyaira. A hitelező késedelembe eséséhez harmadszor az kell, hogy az offerált teljesítést sine iusta causa utasította vissza.

A hitelező késedelmének jogkövetkezménye az, hogy a hitelező terhére ugyan szabály szerint kötelezettség nem származik, de az adós kötelezettsége lazul. Lehet pl. hogy az adós kötelezettsége megszűnik, pl. a bizonyos vasúti útra (párisi kirándulás) váltott jegyből folyó jog, ha lekésem a vonatról. Rendszerint azonban nem ez az eset, hanem az, hogy a most el nem fogadott obligatiót később elfogadhatom. Ilyenkor az adós tovább is obligatióban marad, de

kötelve nem oly erős mint azelőtt. Oly obligatió nál, a melyben culpa levisért vagy casusért is felelne az adós, post culpam vagy moram creditoris, csak culpa lataért fog felelni. A kérdés érdekes a generikus obligatio concentratioja szempontjából. A felajánlás után már nem 100 frttal in genere tartozik az adós, hanem csak a felajánlott százaz bankóval. Ha ezt az egy banknótát culpa levis folytán elveszti, akkor mint laikusan mondani szokták, a hitelezőnek veszti el. De még ezt a gyengébb felelősséget sem köteles elviselni, hanem ez alól is szabadulhat, a mi a mora creditoris második joghatása, olyképen, hogy a teljesítés tárgyát a hitelező terhére kellő helyen leteheti, deponálja, ma az erre szolgáló állami letéti hivataloknál, vagy megbízható más helyen. A culpa in eligendo tekintetében ilyenkor culpa levissel is felel. Ez a letéti szerződés érdekes formája a harmadik javára szóló szerződésnek. Ha a dolgot deponálni nem tudja, jogosítva van a hitelező veszélyére eladni, és a befolyó vételárt szintén a hitelező költségére deponálni. Sőt a római források még azt is mondják, hogy ha eladni sem tudja, derelinquálhatja a dolgot. Ez a desperatus eszköz ma már vincts igen megengedve, bár elképzelhető. Pl. a szemétfuvarozó a szemetet nem akarja átvenni, azt mégis ki kell dobni. Megjegyzendő, hogy a mennyiben az adós a teljesítés tárgyát eladta, letétbe helyezte, derelinquálta, az ezzel járó költség erejéig a hitelező terhére obligatio támad. Ennyiben származik néha a hitelezőnek is morája folytán kötelezettsége, a melyek erejéig a volt adós retentióval is élhet (Fr. 8. Dig. 33. 6.)

A mora creditorist is megszünteti a purgatio morae, ha t. i. a teljesítést hajlandó elfogadni az adós követelésének megtérítése mellett. Ha már most adós nem teljesítene a mora creditorisból mora debitoris lesz, ép úgy, mint a késedelmes adós oblatiójának visszautasítása folytán a mora debitorisból mora creditoris.

131. §. A kötelmet tárgyilag változtató tények.

c) C o m m o d u m.

Változik a kötelem az által is, hogy a kötelemnek a tárgya maga, a dolog maga megváltozik vagy az által, hogy belőle valami növekedés előáll, vagy előáll valami a helyébe. Ez a tan persze csak a darere menő obligatiókra vonatkozik. Ezeknél az obligatióknál tehát előállhat az az eset, hogy az eddigi tárgy helyett ott van vagy a tárgy + nagyobbodás, a minek leggyakoribb esete a gyümölcs, vagy pedig az eredeti tárgy helyett más van, pl. a szolgáltatandó ló megdöglik, ott van a bőre, húsa, a leégett ház helyett a biztosítási összeg. Ilyen esetekben a hitelező az eredeti tárgy helyett mást követelhet, követelheti a megnagyobbodott tárgyat, illetve azt,

a mi a tárgy helyébe lép. Ez a commodum vagy lucrum vagy causa rei. A mikor a források azt mondják, hogy az adósnak rem cum omni causa kell szolgáltatnia, az azt jelenti, hogy ő a dolgot minden excrementumával, vagy pedig azt, a mi a dolog helyébe lépett, tartozik szolgáltatni. A commodum tana a forrásokban a 18. könyv 6. titulusában (de periculo et commodo rei venditae) és a 22. könyv 1. titulusában (de usuris et fructibus) van letárgyalva.

A véletlen által a szolgáltatás esetleg teljesen lehetetlenné válik, ilyenkor a véletlen a kötelelem megszüntető oka. Itt azonban oly esetekről van szó, a mikor a véletlenségből a szolgáltatás nem megszűnik, hanem módosul. Az esetek, a melyek ide tartoznak, nagyon tarkák. A nekem hagyományozott telek avulsio vagy alluvio által nagyobbodik, a nekem csonkán eladott szoborhoz az átadás előtt az eladó a kart hozzáforrasztja. Ide tartozik, bár kevésbé szembetűnő a következő: A. megveszi B.-nek telkét, a melyre C.-nek átjárási szolgálma van. Mielőtt B. a telket átadja, megszerzi C.-nek praedium dominansát is, a mi által per confusionem a szolgálat megszűnik, és A. szolgálatmentes telket kap. Ez is commodum, véletlenségből felmerült előny. Más eset: Az el-, de még át nem adott telken valaki kincset talál. Ennek fele a telek tulajdonosát illeti meg, tehát az eladót, csak hogy positiv intézkedésnél fogva ezt is köteles a vevőnek átadni. Ellenben nem commodum az erdőben lőtt vad. Ez nem lucrum ex re, hanem lucrum ex negotiatione perceptum, a mi nem ide tartozik. Már a leégett ház biztosítási összegét lucrum ex re-nek vesszük, nem ex negotiatione-nak, mert abból indulunk ki, mint a kamatnál, hogy annak megszerzése nem igényel egyéni tevékenységet, megszerzéséhez semmi különös ügyesség nem kell, és így mint commodumot a ház vevője annak leégése esetén megkapja a biztosítási összeget. Ha valaki az el-, de még át nem adott dolgot ellopja, maga a szolgáltatási tárgy per casum lehetetlenné lett az adósra nézve, de e helyett ő köteles lesz a lopásból eredő keresetét cedálni a vevőre. A de lege Aquilia titulusban ezzel ellenkező döntés található. Az eset az, hogy én A.-tól magamnak rabszolgát stipuláltam, ezt a rabszolgát valaki az átadás előtt megölte, úgy hogy ő per casum a rabszolgát nem képes átadni. A rabszolga megölője ellen a rabszolga tulajdonosának actio legis Aquiliae-je támad, köteles-e ő azt rám engedményezni? Nem, így szól a döntés. Ennek magyarázata az, hogy ez esetben ez az actio legis Aquiliae nem is támadt az eladó javára. Nem támadt azért, mert a rabszolga megöléséből neki kára nincsen, mert hiszen a stipulatio stricti iuris szerződés, ezeknél pedig az abszolút lehetetlenülés az adóست teljesen mentesíti. A létre se jött actio legis Aquiliae persze hogy nem lehet aztán cedálni. Ha bonae fidei szerződés alapján tartozott volna a rabszolgát átadni, a döntés ellenkező volna. Ha a tehén, a melyet megvettem, a mezőgazdasági kiállításon már az eladás után, de még az átadás

előtt díjat nyert, a díj engemet illet (bár ezt talán inkább ex negotiatione perceptumnak kellene venni, és akkor az eladóé marad). Ha az el-, de még át nem vett dolgot az eladó bérbe adja, akkor az érte kapott bér *lucrum ex negotiatione*, és mint ilyen az övé marad. (Az eladott dolog bérbeadása *furtum usus*nak nem tekinthető, mert még az eladó tulajdona.)

Mi itt csak a *commodum ex re*-ről beszéltünk. A kérdés az, hogy ez a *commodum ex re* kit illet, a hitelezőt-e vagy az adóst? Erre sokan azzal a paroemiával felelnek: *cuius est periculum eius est commodum*. Ez a tétel sem áll általánosságban. Úgy vagyunk vele, mint a *casum sentit dominus* elvével. Ez mind *cum grano salis* veendő. A mora esetén a *periculum* reit a *morosus* adós viseli, de azért, ha a mora alatt valami *commodum* jön létre, az nem az adóst, hanem a hitelezőt illeti. Valaki nekem tehenet ígér ajándékba és az átadás előtt a tehénnek borja születik, ezt a borjút, bár a veszélyt a megajándékozott viseli, nem köteles átadni, mert ez ingyenes ügylet. Mert tehát ez a szabály ki nem elégít, Mommsen Frigyes, a kin kívül e tan körül még Jheringnek van érdeme, máshol keresi a megoldást. A *commodum* fogalmában kettőt kell megkülönböztetni: az *accessorius* és *surrogatorius commodum*-ot. *Accessorius commodum*, a mi a szolgáltatás tárgyához hozzájárul, *surrogatorius*, a mi helyébe lép, a veszett fejszének a nyele, a ló bőre, a biztosítási összeg, az *actio furti* stb. Az *accessorius commodum* tekintetében ismét meg kell különböztetni, vajjon a *commodum* a fődolognak valóságos *accessió*jává lett-e, a fődologgal testi kapcsolatba lépett-e, vagy önálló dolog maradt-e? Ha a *commodum* valóságos *accessio*, akkor a szolgáltatás eredeti tárgyával együtt egy dolog, azzal együtt a hitelezőnek adandó. Ez nem kötelmi jogi, hanem dologi jogi szabály. Ha a telket alluviostul kiadom, nem adtam ki többet, mint a mi kezdettől fogva járt, mert az alluvio a telek alkotórésze és nem önálló dolog. Más az eset, ha a *commodum* nincsen dologi kapcsolatban, hanem önálló marad. Ennél az elv az, hogy a mikor a hitelező ingyen kapta a követelési jogot, akkor még ha övé is a *periculum*, nem lesz övé a *commodum*. A visszterhes *obligationál* azonban övé a *commodum*, függetlenül attól, vajjon ő viseli-e a veszélyt. Ez áll a járulékos *commodumra*. Már a *surrogatorius commodum* esetében feltétlenül áll a szabály, hogy *cuius est periculum, eius est commodum*, értve ezt úgy, hogy ha a szolgáltatás tárgyának részben vagy egészben *per casum* tönkremenetével én viselem a veszélyt, akkor én követelhetem illetve megtarthatom azt is, a mi a dolog helyébe lépett. Akár visszterhes, akár ingyenes volt a szerződés, megkapom az *actio furti*t, a tehén bőrét stb. Már ha a tehén megborjadzás közben döglik meg, a borjat nem kapom, mert az nem a tehén helyébe lép, nem a tehén tönkremenetele folytán keletkezett, a tehén megdöglése nem oka az ő létrejöttének, tehát nem *surrogatorius commodum*, hanem *accessorius*,

a melyre a fentebb kifejtett szabályok állanak. A megdöglött tehén borja az ajándékozóé marad, a tehén bőre és húsa a megajándékozotté.

132. §. A kötelmet alanyilag változtató tények.

a) A cessio.

Cessio (= engedmény). Tágabban: valamely követelésnek singularis successiója, vagyis valamely követelés alanyi változása a hitelező részéről. Szűkebben: A hitelező és egy harmadik személy közti formátlan, causájától független, tehát abstract megegyezés, szerződés, hogy az a követelés, a mely eddig a hitelezőt illette, ezentul ezt a harmadik személyt illesse, tehát mintegy a követelés traditiója.

A régi római jog a cessiót nem ismerte. A régi római obligatio, a stricti iuris obligatio változhatatlan volt úgy tárgyi, mint alanyi tekintetben, ezért minden változtatás csak novatio formájában mehetett végbe: a régi kötelem megszűnt és helyébe új, bár az előbbivel nagyrészt megegyező, lépett. Ez volt az engedménynek is a legrégibb formája. A hitelező utasította a maga adósát, hogy a tartozást, melylyel eddig neki tartozott, ígérje a harmadiknak, vagyis kössön vele egy novationalis stipulatiót, melynek értelmében a régi tartozás megszűnik és új keletkezik, melynek alanya már nem az eddigi hitelező, hanem a harmadik személy. A hitelezőnek ez az utasítása a delegatio nominis. Csakhogy az adós nem volt köteles ennek eleget tenni, ő fizetni köteles, de nem köteles ígérni. A delegatio nominis a mai cessiótól, tehát két lényeges pontban különbözött. Az egyik az, hogy az adós beleegyezésére volt szükség, sőt közre is kellett működnie, holott a cessio az adós tudta és beleegyezése nélkül is megtörténhetik. A másik pedig az, hogy míg a cessiónál az új hitelező régi követelést nyer, addig a delegatio nominis esetén joga egészen új, más szóval a cessio derivativ acquisitio, míg a novatio originär. A valóságban ez az utóbbi különbség persze nem olyan éles. Mert bár az új hitelező a novationalis stipulatio alapján perelt, mégis a cessióhoz hasonlóan a régi hitelező jogának alapjára is vissza kellett térnie, mert a novationalis stipulatio csak határozatlanul szólott: Quod Lucio Titio ex empto centum dare debes, idem mihi spondes-ne? Spondeo.

A későbbi forgalom, mely a nehézkes novatiókat nem szerte, nem érte be a delegatio nominissel sem, hanem oly jogügyletet keresett, mely által a régi kötelem nem szűnt meg, hanem csak módosult, és melynél az adós segítségére szükség nincsen. A formularis per korában erre a perbeli képviselőt kínálkozott. A hitelező megbizta a harmadikat, hogy a követelést meghatalmazottként behajtsa, és ha szükséges, az adóst mint procurator perelje

be (mandatum agendi, ad agendum), és hozzátette, hogy a behajtott összeget nem köteles neki visszaadni, vagyis lemondott actio mandati directájáról. Ez a procurator azonban nem valódi képviselő, mert ő nem a megbízója, hanem a maga számára perel, a mi abban nyert kifejezést, hogy bár a formula intentiója még a régi hitelező nevére szólott, már a condemnatióban a procurator neve szerepelt, a litis contestatiótól fogva ő a dominus litis. Ez a mandatarius a procurator in rem suam tehát a mai incasso mandatumnak épen megfordítottja. A mandatum ad agendum már nagy haladást jelez az engedmény történetében, de azért még mindig nem megfelelő. A mandatarius csak a litis contestatiótól mint novatio necessariától fogva lett a per urává, addig a mandans ezt a perlési megbízását visszavonhatta, halálával ez a megbízás megszűnt stb. Ezért a császári korban a megbízott actio utilist nyert suo nomine, azaz megnyerte azt, hogy a követelést elejétől fogva a saját nevében, tehát már nem a régi hitelező képviselőjeként hajthatta és perelhette be. Ezt az actio utilist később már nemcsak az kapta meg, ki mandatumot nyert ad agendum, hanem az is, a kinek valamely a hitelezővel kötött ügylet alapján mandatumot kellett volna nyernie, pl. a követelés vevője, a férj, kinek a követelést hozományul ígérték, a legatarius stb., sőt az is, a kire a hitelező valamely jogszabály alapján köteles a maga követelését átruházni (cessio legis).

Ezzel az actio utilissel jött létre az igazi cessio. Ez a név még a mandatum ad agendum korából való, akkor szólottak mandare, cedere actionemről. A cessionál három személy szerepel: a cedens, a hitelező, a ki átruházza a maga követelését, a cessus, az adós és a cessionarius, az új hitelező. Az actio utilis természete fölött nagy vita folyt. Mühlenbruch, Wangerow stb. szerint a cessionarius nem nyeri meg a cedens jogát, hanem csak a jog gyakorlását, úgy hogy az actio utilissel csak idegen jogot érvényesít, ma azonban az uralkodó nézet elismeri a cessionának singularis successio voltát. A forma szerint persze a római jogban a cedens marad a névleges hitelező, a cessionariumat nem hívják creditornak, ép úgy, mint a bonitar tulajdonost sem hívják dominusnak, a bonorum possessort nem örökösnek stb.

A cessióhoz az adósnak sem tudta, sem beleegyezése nem szükséges, de a véghezvitt cessióról értesülnie kell, mert hiszen különben nem fog a cessionariusnak fizetni. Ezt a római jog el is ismerte, sőt ehhez az értesüléshez egyéb hatást is fűzött. Az értesülésig az adós jogosítva, legitimálva van a cedens kezéhez teljesíteni, vagy ő általa másképen szabadulni, a cedens legitimálva van a teljesítést elfogadni. E körül az értesülés körül már most két vitapont merült fel. Az egyik az, hogy ennek az értesülésnek milyennek kell lennie, a másik pedig, vajjon az értesüléshez fűzött fenti hatásnál fogva nem áll-e az a szabály, hogy a kötelmet nem a pusztá cessio, hanem csak az adós értesülése ruházza át? Az első

pontra vonatkozólag Bähr, Regelsberger stb. szerint az értesítés bármilyen lehet, bárhonnan nyer is az adós biztos tudomást a végbevitt cessióról, megszűnik a legitimatioja a cedens kezéhez teljesíteni. Ez logikailag helyes ugyan, de practice keresztülvihetetlen, mert hogy az adósnak biztos tudomása van-e a cessióról, bizonyítani nem lehet. Ezért az uralkodó nézet egyes forráshelyek alapján (Cod. 8. k. 16 fej. 4., Cod. 8. k. 41. fej. 3 pr.) azt tartja, hogy a római jog megkívánta az ú. n. *denuntiatio*t (*nondum certior a te de obligatione tua factus, antequam debitori tuo denuntiaverit*), hogy t. i. az engedményes vagy az engedményező értesítse az adóst a megtörtént cessióról. (Windscheid a cedens értesítését sem tartja elegendőnek.) Csak valamely örökség eladásánál tekintett el a római jog az adósok értesítésétől, mert a hagyatéknak egyrészt számos adósa lehet, másrészt meg sokat a hagyatéknak eladója nem is ismer. A másik kérdés a jog átszállásának kérdése. Windscheid (Die Actio) úgy vélekedik, hogy az actio, a mi nála a jogot is jelenti, a véghez vitt cessióval még nem száll át a cessionariusra, neki még azt birtokba is kell vennie, a mit a denuntiációval ér el. Ez a képlet teljesen hibás, a mi nem birtokolható (t. i. a követelés), az birtokba sem vehető. Ép oly helytelen az a nézet is (szintén Windscheidnél pandektáiban), hogy a jog már a cessióval átszáll, de a denuntiációig a cedens is jogosult, úgy hogy cedens és cessionarius correalis hitelezők. A helyes álláspont az, hogy a követelés már a a cessióval száll át, a denuntiatio csak arra való, hogy utána az adós ne fizethessen a cedensnek. Ebből foly, hogy a cedált, de még nem denunciált követelés nem tartozik a cedens csódtömegéhez, a cedens hitelezői azt le nem foglalhatják, sőt, ha a még nem denunciált követelést a cedens másra újból cedálja és az adós erről a cessióról nyer előbb értesítést, az egyedül jogosult mégis csak az első cessionarius marad. Az alól, hogy a cedens már a cessióval elveszti a maga követelését, a justinianusi jog két tekintetben tesz kivételt (a corpus iurisba a régebbi írókból úgy látszik elnézésből bekerült helyek): Dig. XVIII. k. 4. cz. 6. t. a cedens a cessio után is elfogadhat a követelés biztosítására zálogot és kezességet, ugyanazon cím 20. t., hogy ha a cedens az adós örökössévé lesz, a cedált követelés per confusionem elenyészik.

A cessionarius a követelést abban az állapotban, terjedelemben nyeri, a melyben az a cessio idején a cedensé volt, (sőt gyengítve azokkal a hátrányokkal (*exceptio* stb.) is, a melyeket az adós a cedens ellen a denuntiációig nyert). Ennek megfelelően a cessionariusra nemcsak az accessorius jogok (zálog, kezesség) szállnak át, hanem a cedens privilegiumai is, még pedig nemcsak a *causae*, hanem a *persona* cohaerentes is. (A Dig. XXVI. k. 7. cz. t.-t némelyek úgy magyarázzák, hogy Papinianus szerint a csódtprivilegiumok, *pr. exigendi personae*, a cessionariusra nem szállnak át, Dernburg szerint azonban ez a hely csak a benne tárgyalt cessióra

vonatkozik.) Persze a cedensnek a perköltség alóli mentessége stb. nem száll át a cessionariusra. Fordítva van, ha az a kérdés, hogy a cessionarius mely personalis privilegiait kell a cessusnak eltérnie? A cessionarius személyes kiváltságai közül csak perkiváltságai érvényesülhetnek, a többiek nem. Az előnyökkel szemben a cessionarius elviselni tartozik a követelés összes hátrányait is, a melyek a denuntiatio előtt állottak elő. Ellene tehát nemcsak az in rem, hanem a cedens ellen irányuló összes in personam exceptiones is emelhetők, mert a cessio által az adós helyzete nem rosszabbodhatik. Ha persze az adós a cessionariussal szemben a cessiót elfogadólag nyilatkozott, ezzel a cedens ellen felhozható exceptiones in personamról is lemondott.

Hogy az adós csalások ellen megvédessék, joga van a fizetés előtt a cessionariustól bizonyítékokat követelni a megtörtént cessióról; ha a cessionarius ezeket előterjeszteni nem tudja, akkor csak a tartozás deponálását kérheti. A cedens persze támogatni tartozik a cessionariust, a tartozás fennállását bizonyító eszközöket át kell szolgáltatnia, továbbá mindazt át kell adnia, a mit az adóstól teljesítésképen kapott. Más kérdés, hogy a cedens a cessionariusnak miért szavatol. Ez a causa cessionistól függ. Ha a cessio donationis causa történik, akkor az engedményező sem a veritas (hogy t. i. a követelés tényleg fennáll), sem a bonitas nominisért (hogy t. i. az adós jó) nem felel. Az eladó is csak a veritasért felel. A causa cessionis határozza meg továbbá, hogy a cessionarius mivel tartozik a cedensnek pl. vételárral stb. A cessusra vonatkozólag azonban a causa teljesen közömbös, ő a cessionariussal szemben csak a cessio megtörténtére vagy meg nem történtére hivatkozhatik, tehát csak a cessio tényállására, de nem a causájára. A cessio tehát abstract szerződés.

Voltaképen azonban cessio alatt nemcsak a szerződés útján történő átengedést (ú. n. *cessio voluntaria*-t) értjük, hanem birói intézkedés alapján történőt is, sőt azt is, ha a követelés valamely törvényes rendelkezésnél fogva már ipso iure száll át az új hitelezőre (cessio necessaria, cessio legis; e két kifejezést gyakran összekeverik, helyes azonban megkülönböztetni úgy, hogy cessio necessaria: a hitelező tartozik átengedni követelését, cessio legis vagy ex lege: a követelés már ipso iure száll át). A cessio legis esetei: a gyámolt a gyám által a gyámolt vagyonából a saját nevében adott kölcsöneit visszakövetelheti (Dig. XXVI. k. 9. cz 2. t.), a solidaris adóstárs, ki az egész tartozást kifizette és az ő hibáján kívül a hitelező a követelést rá át nem ruházta, társaitól aránylagos megtérítést kívánhat (maga a beneficium cedendarum actionum csak cessio necessariahoz vezet), a köteles részében megsértett örökös, a ki a végrendelet megdőlését okozta, a végrendeleti örökös által kifizetett hagyományokat visszakövetelheti. (l. Baron: Pand. 463. l.)

A cessio szabály szerint minden követelésnél meg van engedve. Visszterhes szerződéseknél mindegyik fél cedálhatja a maga

követelését, de azért kötve a másik félnek ő marad. Azonban nemcsak kötelmi jog, hanem dologi igény, pl. a rei vindicatio is cedálható, a dolog tulajdonát a cessionarius persze nem a cessióval, hanem csak a perceptióval nyeri meg.

Nem ruházhatók ellenben át: 1. a iura personissima: az usus fructus adására szóló, továbbá az alimentationalis kötelmek, az actiones vindictam spirantes stb. 2. Más joggal kapcsolatos, accessorius kötelmek csak a főjoggal együtt ruházhatók át (zálogjog, ius retentionis stb.). 3. Peres kötelmek, kivéve a dos- és donatio propter nuptiasra vonatkozókat, császári rendeleteknél fogva nem cedálhatók. 4. Ha a felek a kötelelemre vonatkozólag pactum de non cedendót kötöttek, akkor a végbement cessio érvénytelen. Személyi tekintetben nincs megengedve a cessio potentiorra, t. i. oly személyre, a ki ellen az adós a perben föllépni nem merne, továbbá gyámoltról a gyámra.

A cessiónak fontos megszorítását létesítette Anastasius császár, a ki azt rendelte, hogy a névértéken alul megvett követelés csak a vételár és törvényes kamatai erejéig érvényesíthető. Ezt a tételt Iustinianus olykép egészítette ki, hogy a részben eladott, részben ajándékozott, illetve szinleg egészben ajándékozott követelést az adós szintén csak a tényleges vételár erejéig tartozik a cessionariusnak teljesíteni. Ez az ü. n. lex Anastasiana tehát csak a vétel causájából történő cessióra vonatkozik; ~~másra~~ nem, de a modern törvényhozások itt is megszorították. Nehéz kérdés, vajjon a cessusnak vagy a cedensnek kell-e bizonyítania a tényleges vételárat. Az uralkodó nézet az, hogy az adósnak kell bizonyítania, hogy a cessio causája adásvétel volt, a cessionariusnak pedig a fizetett (vagy hitelezett) vételár nagyságát. Ez felel meg egyedül a lex Anastasiana czéljának, mert az adósra lehetetlen feladat volna a vételár nagyságát bizonyítani. (Windscheid mégis kötelezni akarja erre.)

133. §. A kötelmet alanyilag változtató tények.

b) Adósságvállalás.

A kötelelem nemcsak a hitelező oldalán szenvedhet alanyi változást, hanem az adósén is. Nemcsak a jogosított alany helyébe léphet más, hanem a kötelezett helyébe is. A régi római jog, a mely a cessiót nem ismerte, persze nem ismerte az adósságvállalást sem. Ép úgy, mint a hitelezőben való változást azzal pótolta, hogy a régi felek közti kötelelem helyébe új, a régit megszüntető, kötelelem lépett, a melyben már az új hitelező szerepelt, vagyis novationak kellett történnie, úgy az adós személyének változása is csak így volt lehetséges. Az új adós a régi hitelezővel a régivel azonos tárgyú kötelmet létesített, a mely által a régi adós és hitelező közti kötelelem megszűnt. Ez történhetett először a régi adós kívánságára,

az ő utalványa folytán, a minek *delegatio debiti* a neve. A régi adós megbizta, vagy felhatalmazta hitelezőjét, hogy stipuláljon magának az újtól, az új adóst pedig megbizta, hogy promittálja a régi hitelezőnek ugyanazt, a mivel ő tartozott neki. A két megbizott illetve felhatalmazott közt így létrejött stipulatio noválta a kötelmet, a régi kötelem megszűnt és helyébe az új adóssal bíró kötelem lépett. A delegatio debiti párdarabja a cessio történetében tárgyalta delegatio nominisnek. Az adósságátvállalás történetében azonban még más alakulat is található, az úgynevezett *expromissio*. Az új adós a réginek nem kívánságára, hanem a nélkül, esetleg tudta nélkül is proprio motu noválhatta a hitelezővel a kötelmet. Ez által is kiszabadult a régi adós. De sem a delegatio debiti, sem az expromissio nem valódi adósságátvállalások, mert nem a régi kötelemben lép be általuk az új adós, hanem új kötelmet állapít meg, nincs tehát valódi successio. Ezek nem kötelemváltoztató, hanem szüntető és keletkeztető tények. És ha az új obligatio tartalmilag teljesen ugyanaz is, mint a régi, azért a követelés még sem egészen az, mert a régi accessoriumok, a kezesség, zálog stb. megszűnnek.

A mai jogok már az adós oldalán is ismernek valóságos successiót. Ez néha vi legis történik, más esetekben a felek ügyleténél fogva. Ez utóbbi az *adósság-átvállalás*. A régi és új adós közti abstract, formátlan szerződés a tartozás átvételére, a mely szerződéshez persze a hitelezőnek is hozzá kell járulnia, mert neki nem mindegy, ki az adósa. Ha hozzájárul akár előlegesen, akár utólagos jóváhagyással, akkor a régi adós mentesül, az új adós pedig belép a kötelemben, és az adósság oly állapotban nehezül rá, a melyben az adósságátvállaláskor volt, tehát a régi adós által ekkor emelhetett exceptiókat ő is emelheti, hacsak róluk az adósságátvállaláskor le nem mondott. Ha az adósságátvállalás a hitelező tudta nélkül történt, akkor ebből a hitelező csak jogot szerezhets, hátrány rá nem háríthat, és tovább is a régi adóstól követelhet, míg akár kifejezetten, akár hallgatólagosan az új adóst el nem ismeri. A régi római jog szerint az új adós ellen a hitelezőnek ilyenkor általában nem volt semmiféle joga, ma azonban néha ebből is joga támad, pl. ha az adós kereskedő üzletét cégestől együtt másra ruházza az átruházó hitelezője az új cégtulajdonos ellen is fordulhat.

Valóságos adósságátvállalás csak a successio in debitum, a régi adós helyébe új lép. Nem az, ha a régi adós mellé lép új, a mit a rómaiak *adpromissio*nak hívnak. Ez ép úgy nem adósságátvállalás, mint a *cessio* az adstipulatio, ha t. i. a régi hitelező mellé lép új. Ezért helytelen cumulativ és privativ adósságátvállalásról beszélni, mint a hogy ez ma uralkodó irányzat.

IV. FEJEZET. A KÖTELMEK MEGSZÜNÉSE.

134. §. A kötelem megszűnése.

A kötelmet megszüntető tények részben különlegesek, az obligatio különös megszüntető okai, részben általánosak, pl. a lemondás. Főleg két csoportra lehet őket felosztani. Megszűnik a kötelem vagy az által, hogy a cél már eléretett, vagy hogy már el nem érhető, mert hiszen minden kötelem csak eszköz a cél elérésére. Más beosztás: az obligatio vagy objective vagy subjective szűnik meg. Vannak oly tények, melyek, ha beállanak, az obligatio megszünik, vannak ismét mások, melyek beállta csak azzal jár, hogy az adóstól függ, hogy a kötelmet megszüntesse. Ez a különbség az ipso iure és ope exceptionis megszüntető tények közt. A római jognak ez az elnevezése perjogi következmény. Az ipsum ius alatt a ius civile értették. Ipso iure megszüntető tények alatt tehát a ius civile megszüntető tényeit értették. Ha pedig a tény csak olyan, hogy a praetor a bírót alperes kérelmére (ennek a kérelemnek, mint a perjogban láttuk, exceptio a neve) felhatalmazza, hogy megszüntetőnek vegye, bár a civiljog szerint nem az, az ilyen tények neve: ope exceptionis ható tények. Az ilyen tény magában nem szüntette meg a kötelmet, de megadta alperesnek azt a képességet, hogy a praetort az exceptio inserálására bírja. Ha felperes alperesnek a tartozást acceptilatióval engedte el, akkor ha mégis perelt, alperes a bíró előtt egyszerűen tagadta felperes jogát, felhozta az acceptilatiót, és a bíró felperest keresetével elutasította. Ha azonban az elengedés pactum de non petendo formájában történt, akkor alperes hiába hivatkozott erre a bíró előtt, a bíró ezt tekintetbe nem vehette, mert ez a kötelmet ius civile szerint meg nem szüntette, a bíró pedig csak a ius civile szerint ítél, hacsak a praetor a formulában másra nem utasíthatja imperiumánál fogva. Alperesnek tehát a pactum de non petendót már a praetor előtt, in iure kellett felhoznia, hogy a praetor exceptio formájában a bírót ennek tekintetbe vételére utasítsa. Így corrigálta a praetor a ius civile. Ma is beszélünk ipso iure és ope exceptionis ható tényekről, mi alatt persze mást értünk, bár némi hasonlóság van a mai és a római fogalmak közt. Az ipso iure megszüntető tényt alperesnek nem kellett a praetor előtt felhoznia, az ope exceptionis hatót igen. Ezzel némileg analóg ma ipso iure ható tényről akkor, beszélünk, ha a bíró hivatalból veszi figyelembe tekintet nélkül arra, vajjon az alperes a tekintetbevételt kéri-e vagy sem, ope exceptionis hatókról pedig akkor, ha a bíró csak akkor veszi tekintetbe, ha alperes ezt kívánja. Drastikus példája ennek az elévülés. Az elévülés ma is megszünteti a követelést, de csak ha alperes kívánja. Az alábbiakban adjuk a legnevezetesebb megszüntetési tényeket.

135. §. A teljesítés (solutio).

Solutio az a tény, hogy felperes irányában az szolgáltatattatik, a mi in obligatione est, még pedig azzal a szándékkal, hogy ez a szolgáltatás a kötelem megszüntetésére szolgáljon. A solutiónak tehát két kriteriuma van. Obiectiv kriteriuma az, hogy a szolgáltatás megtörténik, a subiectiv pedig az, hogy causa solvendi történik. A solutio szónak van szűkebb értelme, a mit magyarul fizetésnek mondunk. Maga a fizetés szó is használtatik szűkebb és tágabb értelemben. A fizetés pénzszolgáltatást jelent, akár liberatorius, akár obligatorius célból történik. Ha én kölcsön céljából az adósnak átadom a kölcsönösszeget, a valutát, ezt is fizetésnek mondjuk, holott ennek célja a kötelemnek nem megszüntetése, hanem keletkeztetése, ez obligatorius, nem liberatorius fizetés, solutio. A solutio szónak legszűkebb értelme: liberatorius pénzszolgáltatás, tágabb értelme minden pénzszolgáltatás — eddig visszaadható a magyarban a fizetés szóval — még tágabb értelme minden liberatorius teljesítés, a mit már a magyar fizetés szó nem fed. Már most, hogy ez a teljesítés miben áll, hol, mikor, kinél kell teljesíteni, erről a kötelem tartalmának fejezetében beszéltünk. Arról is szóltunk már, hogy a részteljesítés nem lehető, kinek kezeihez lehet és kell teljesíteni, ki van jogosítva és kötelezve solválni. Megemlítettük az incasso mandatarium, a solutionis causa adiectum stb. is. Itt csak még néhány kérdésről kell beszélnünk.

Ha az adós többféle obligatióval van a hitelezőnek lekötve és most valamit teljesít, jogában van meghatározni, hogy melyik obligatiót teljesíti. Ha azonban minden kijelölés nélkül solvál, a római jog bizonyos értelmezési szabályokat állít fel arra, hogy a több concurráló obligatio közül melyikre szól a törlesztés. Ezek a szabályok ma is fennállanak. Főszabály, hogy pro reo értelmezzünk. E szerint több concurráló tartozás közül arra törlesztendő a teljesítés, a melyik az adósra nézve terheesebb. Ha az adósnak magasabban és alacsonyabban kamatozó tartozása van, akkor in dubio a teljesítés a magasabban kamatozóra történik. Ha több tartozás közül az egyik esedékes, a teljesítés erre történik. Ha terheesebb kötelem nincs, a teljesítés az összes közt egyenlően felbomlik. A modern jogok nem egészen követik ezt az elvet, néha pro creditore értelmeznek. Ha az adós tőkével és kamattal tartozik, akkor az adósra jobb a tőketörlesztés, de a modern jogok az ellenkező teljesítést vélelmezik. Ezek oly részletek, a mikbe belemenni itt nem lehet. Megjegyzendő, hogy úgy az adós kijelölési joga, mint ezek az értelmezési szabályok csak akkor állanak, ha az adós önként fizet, mert különben a hitelező destinálja, hogy a teljesítést mire fordítja.

Ma az adós a teljesítéskor követelheti, hogy a hitelező neki erről nyugtát, apochét adjon, még pedig a saját, t. i. az adós költ-

ségén. Nálunk teljesen helytelen praxis szerint az járja, hogy a nyugta költségeit a hitelező fizeti. Ha a hitelező nyugtát nem akar adni, a teljesítés visszatartható, a nélkül, hogy a mora debitoris beállana. Ez a nyugta Iustinianus szerint teljes bizonyító erejét nem nyeri rögtön, hanem csak 30 nap múlva, a mikor is a nyugtában bizonyított teljesítés megtörténte mellett teljes praesumptio iuris et de iure harczol. A 30 napon belül a querela non solutae pecuniae-vel (Iustinianus pontatlanul: exceptio non numeratae pecuniae-nek nevezi, holott az más) a nyugta megtámadható és visszakérhető, ha az adós valóban nem teljesített és úgy kapta meg.

A teljesítés abban áll, hogy a hitelező azt kapja, a mi neki jár (akár az adóstól, akár mástól). A mikor a hitelező nem azt kapja, a mi neki jár, hanem mást, ezt nem köteles elfogadni, és az el nem fogadás nem ejti mora creditorisba. Ha a hitelező ezt a mást elfogadja, datio in solutum-ról beszélünk. Nem köteles elfogadni, de ha elfogadta, akkor a teljesítés effectusa előáll. Sőt vannak esetek, a mikor a római jog a hitelezőt kötelezi az aliud pro alio elfogadására. Ilyen a bonorum cessio, ha t. i. az adós a teljesítés helyett egész vagyonát átengedi, vagy ilyen, ha az adós, pénze nem lévén, ingatlanát bocsátja át hitelezőnek. A datio in solutum fejezete alá hozzák sokan, Windscheid is, a német polg. törvk. is novatiót, a mi abban áll, hogy az adós abból a célból, hogy tartozását megszüntesse, a hitelezőnek más követelést ad. A régi követelés így megszűnik, de a hitelező nem azt kapta, a mivel az adós neki tartozott.

Függelék a teljesítés tanáchoz: A csőd.

A követelések kielégítése az adós csődje esetében különös módon történik. Ezért itt van helye annak, hogy a csőd magánjogi hatásairól beszéljünk. A csőd (concursum creditorum, processus cridae) külön peres eljárás abból a célból, hogy a közadósnek (t. i. több adósának, decoctor) vagyona a hitelezők közt követeléseik arányában szétosztassék. A csődneyítés nem hivatalból, hanem valamelyik hitelező kérelmére történik, sőt a lex Julia de cessione bonorum óta az adós kérelmére is. A classikus jogban az eljárás az volt, hogy a magistratus a hitelezőket az adós vagyonába utalta *missio in bona decoctoris* (ma ez elesik, helyében a bíróság kimondja a csődneyítást), az egész vagyon activáival és passiváival együtt elárvereztetett és annak üttetett oda, a ki a hitelezők követeléseinek kifizetésére a legnagyobb %-ben kötelezte magát. Ez volt a bonorum emptor. A hitelezők követeléseinek megállapítása már a csődön kívül a bonorum emptorral szemben történt és ugyan-csak ő értékesítette a bukott vagyonát. A iustinianusi jogban már nem volt bonorum emptio, csődtömeggondnok tette pénzzé a bukott vagyonát és ő elégítette ki arányosan a megállapított követeléseket.

Római jog szerint a csőd okai főleg az adós szökése — *fraudationis causa latitatio* —, a vagyon átengedése az adós által — *cessio bonorum* — hitelezői javára a csőd megnyitása végett, az adósnek örökös nélküli elhalálózása és a birói ítéletnek nem teljesítése. A csőd hatása, hogy a közadós összes tartozásai egy eljárásban vizsgáltatnak meg és elégítettnek ki. A csődmegnyitás előtt bármely hitelező a maga követelését külön, függetlenül és tekintet nélkül a többi hitelezőkre érvényesítheti, még akkor is, ha adósa túleladósodottságáról tud, sőt még ha ezzel a többi hitelezőnek árt is, mert *ius civile vigilantibus scriptum est*.

Csődhitelező mindenki, a kinek a csődnnyitás idején a közadós ellen *in personam* követelése van. Nem csődhitelezők tehát:

a) az ú. n. vindicálók vagy separatisták, t. i. kiknek közadós ellen dologi joguk alapján van igényük, a kik tehát *actio in rem*mel a közadósnál levő valamely dolog kiadását követelhetik. Ezek követelésük nem egy részét, hanem az egésznek kielégítését nyerik. Követelésükre a csőd nem foly be. Ezekkel egy elbánás alá esnek azok, a kiknek közadós ellen *actio in personam in rem scriptajuk* van (*actio quod metus causa*, *actio de pauperie* stb.) és az ú. n. separatisták *ex iure crediti*, vagyis olyanok, kiknek joguk van a csődtömeg egy részének elkülönítését kérni, hogy abból külön eljárással (*particularis csőd*) kizárólag magukat elégítsék ki. Ide tartozó esetek: a hagyaték hitelezői és a hagyományosok a *beneficium separationis* igénybevételével a hagyatéknak a csődtömegtől való elkülönítését kérhetik, továbbá a *peculiumával* üzletet folytató *alieni iurisnak* hitelezői a *paterfamilias* csődjéből kikövetelhetik azt a *peculiumot* stb.

b) A tömeghitelezők, vagyis azok, kik a csődnnyitás után a csőd ellen nyernek követelést. Ezek is a csődhitelezők előtt elégítettnek ki és csak az ezek kielégítése után fenmarandó vagyonból nyernek utóbbiak kielégítést. Ilyen tömeghitelezők a vagyonbukottnak oly hitelezői is, a kiknek visszterhes még nem teljesített kötelmét a csődhitelezőség, vagy mint mondani szokás, a csődtömeg átvállalta, továbbá a csődtömeg érdekében kötött kötelmek hitelezői, pl. a csődbiróság követelése a csődköltségek erejéig.

Az adósnek minden egyéb hitelezője csődhitelező, a kinek követelése nem teljes, hanem csak arányos kielégítést nyer, a mi a praktikus főkülönbség a dologi és kötelmi jogi követelések közt. A kötelmi követelés teljesítése tehát a csőd által változást szenved, de nem jogit, hanem csak ténylegest. Csak ténylegesen kap kevesebbet a hitelező, de követelése ki nem elégített része tovább is fenmarad és ha az adós később újból szert tesz vagyonra, a hitelező a hátralékos kielégítést követelheti.

A csődhitelezők ismét két csoportra oszlanak. Vannak előjogozott, *privilegium exigendit* nyert hitelezők és vannak másodsor a többiek. Az egyes csoportokon belül a követelések egyenlő, ará-

nyos kielégítést nyernek. Az előjogozott, privilegizált követelések ismét kétfélék, olyanok, melyeknél a privilegium legszemélyesebb jog, *privilegia exigendi personae*, és olyanok, a melyeknél a privilegium át is örökíthető, *priv. exig. causae*.

*Privilegia exigendi personae*vel vannak ellátva: *a)* a fiskus birságkövetelései, a melyekre nézve a forrásokban antinomia van (fr. 37 és fr. Dig. 49, 14), vajjon a nem privilegizált követelésekkel concurrálnak-e, vagy csak azok után elégittetnek-e ki. Az utóbbi nézet méltányosabb, mert különben a büntetés nem az adóst, hanem a hitelezőket érné; *b)* a fejedelem és neje; *c)* a városok és egyházak követelései; *d)* a feleség és gyermekei, valamint a nőnek dos követelése; *e)* a gyámolt és gondnokoltnak követelése a gyám és gondnok ellen. Minthogy ezek közül a hitelezők közül a legtöbbben *generalis tacita hypotheca legalist*, vagyis dologi jogot nyertek, a privilegium fölösleges lett.

*Privilegia causae*t nyertek a közadós temetkezési költségei, valamely épület újjáépítésére kölcsönadott pénz követelése, a sociusnak valamely közös épület renoválására fordított költségeinek részkövetelése a vagyonbukott társ ellen, hajó megvételére vagy felszerelésére adott kölcsön, a hajóeladásnál hitelezett vételár követelés, a deponensnek az argentariusnál, bankárnál, kamat nélkül elhelyezett pénz visszaadására irányuló követelése.

Eltételezve attól, hogy tartozásai kielégítése jogától megfosztatik, a közadós a római jog szerint a csődnyitás után is megtartja rendelkezési jogát vagyona fölött (ma nem), és így fenforog az a veszély, hogy ezt a jogát akár a csőd előtt, akár után hitelezői kijátszására fogja felhasználni. Ezért a praetor az ilyen kijátszások ellen különböző jogsegélyt adott a hitelezőknek, még pedig történetileg a következő sorrendben:

a) Ha a közadós hitelezői kijátszására valamely *res corporalis* idegenített el olyas valakinek, a ki erről a csalásról tudott, akkor a praetor a birtokba utalt hitelezőknek és a bonorum emptornak *vindicatio utilis*t adott azzal a fictióval, hogy az elidegenítés meg nem történt.

b) Minthogy azonban ennél az adós tulajdonát az elidegenítés idejére nézve be kellett bizonyítani, a mi *probatio diabolica*, azért a praetor ugyanezen személyek javára behozta az *interdictum fraudatorium*t, a mely *interdictum adipiscendae possessionis* volt és csak annak bizonyításával járt, hogy az elidegenített dolog közadósnek tényleges vagyonában volt.

c) Ezekhez a praetor rendesen még *actio in factum*ot is csatolt oly ügylettársak ellen, a kiknek a dolog megszerzésekor a fraudatióról tudomásuk nem volt.

d) Végül megígérte, hogy megtagadja az oly contractusokból folyó kereseteket, a melyeket a közadós a szerződő társ tudtával fraudulose kötött.

e) Ha pedig nem a hitelezők léptek in bona decoctoris, hanem csődgondnok rendeltetett ki, akkor a praetor egy fraudatorius keresetet adott, a mely oly általános jellegű volt, hogy az adósnak összes machinatiói ellen fordult.

E keresetek közül egyiknek, melyiknek, nem tudjuk, neve actio Pauliana volt. A iustinianusi compilációban a régi jog ezen keresetei egybeolvadtak és az így létrejött egységes keresetet szintén *actio Pauliananak* szokás nevezni. Ennek feltételei a következők:

1. Hogy a közadós vagyont akár a csődnyitás előtt, akár utána csökkentette, akár dando, akár obligando vagy liberando, továbbá akár pozitívügylettel, akár elengedéssel (nem szakította meg az elévülést), de már valamely az adósnak felajánlott szerzeménynek (örökség, hagyomány) visszantartása nem ok erre az actióra.

2. Hogy közadós ezt a vagyonszökkenést in fraudem creditorum — consilio fraudandi — vitte véghez, vagyis hitelezői károsítása céljából és hogy az ez által előnyösített harmadik erről tudott (a harmadiknak nem kell fraudulosus szándékúnak lennie, elég, ha közadós frausáról tudott). Csak lucrativügyletnél független a megtámadási jog a harmadik tudásától.

3. Hogy a hitelezők tényleg károsodtak. Ennélfogva azoknak, a kik a megtámadott ügylet kötése után lettek a közadós hitelezőivé, nincs megtámadási joguk, valamint nem támadható meg a dolognak rendes áron való eladása sem.

Vitás, vajjon lejárt tartozásnak megfizetését is megtámadhatják-e a csődhitelezők? Régebbi gratificationalis theoria szerint csak akkor, ha az adós önként fizetett, a most uralkodó elmélet szerint egyáltalában nem, mert, mint a források mondják: sibi vigilavit (fr. 6. §. 7. D. 42. 8.). Vitás továbbá a még le nem járt követelés megfizetésének megtámadhatósága is. Ez némelyek szerint egészben, mások szerint csak annyiban támadható meg, a mennyiben a hitelező az előleges fizetés folytán nyert, t. i., hogy az interusuriumot is megkapta. A datio in solutum, továbbá a zálogadás megtámadható, mert ezek új, a tartozásból nem folyó ügyletek.

A megtámadási keresetet mindazok a hitelezők megindíthatják, a kik a károsító ügylet idejében már azok voltak, illetve a csődtömeggondnok. Megindítható pedig a szerző harmadik ellen, a ki a közadós fraudulosus szándékáról tudott (lucrativügyletnél még akkor is, ha nem is tudott róla), továbbá a közadós ellen is (természetesen csak akkor, ha újabb vagyont szerzett), sőt (Baron szerint) az ellen is, a kire a szerző harmadik a dolgot tovább elidegenítette, ha t. i. ez a negyedik stb. is tudott közadós frausáról, mert ő fautor delicti. Maga a kereset actio in personam, és arra irányul, hogy a megkárosított hitelezők oly állapotba helyezendők vissza,

mintha a vagyoncsökkentés meg nem történt volna. A frausról tudó harmadik tehát a dolgot cum omni causa, tehát gyümölcsökkel, kamattal, accessiókkal együtt köteles kiadni, még pedig nemcsak azokat a gyümölcsöket, a melyeket ő nyert, hanem a melyeket a fraudulosus közadós valószínűleg nyert volna. Jóhiszemű harmadik csak a keresetindításkori gazdagodása erejéig felel az actio Paulianával szemben. Az actio Paulianával szemben alperes a szükséges kiadásoknak és ellenszolgáltatása megtérítését követelheti, ha t. i. ez utóbbi a csődtömegben még megvan, illetve, ha a csődtömeg ez által gazdagodott. A kereset egy annus utilis alatt elévül, ezután már csak a gazdagodás erejéig indítható. Alperes örökösei az obligationes ex delicto elvei szerint felelnek.

136. §. A compensatio.

Kötelemszüntető tény harmadszor (első a solutio, második a datio in solutum) a compensatio, a mely abban áll, hogy alperes adós nem teljesíti a hitelező követelését, hanem azt mondja, nekem is van ellened követelésem, és ha én most a te követelésedet teljesíteném, rögtön utána jogosítva volnék az én követelésem fejében tőled ugyanazt, a mit teljesítettem, visszakövetelni. Már pedig dolo petit, qui petit, quod mox redditurus est. Ennélfogva a későbbi római jog megengedi, hogy alperes a felperes követelését a magáéval paralizálja. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. A régi római jog ezt nem ismerte. Csak a praetor adta meg bizonyos kivételes esetre, hogy ha A. tartozik B.-nek és B. is A.-nak, A. csak a pluszt, a saldót követelhesse. A praetor által így szabályozott eset volt, hogy az argentarius (a bankár) csak cum deductione perelhet, ilyen volt a bonorum emptor, a csődmassa vevője, a ki köteles a csődmassa adósai ellen irányított követeléseiből azt levonni, a mivel a vagyonbukott neki tartozott. Későbbben általánosították a beszámítást, még pedig a bonae fidei iudiciumokban feltétlenül, a stricti iurisokban csak akkor, ha az exceptio doli a formulába inseráltatott. Marcus Aurelius általánosította ezt így, sőt Iustinianus még tovább ment és kimondta, hogy minden esetben (még a dologi igényeknél is), a hol alperes a maga követelését felhozza, a bíró köteles a compensatiót mint a bona fides által követeltet tekintetbe venni, még pedig, mint a források mondják, ipso iure compensatur. Ipso iure, mert a császár hozta be, (az ipsum ius itt tehát a ius novumot jelentette), de nem jelenti az ipso iure compensatur azt, hogy a compensatio hivatalból veendő tekintetbe. Ellenkezőleg, a bíró csak akkor veszi figyelembe, ha az adós ezt kéri stb., a stricti iuris ügyleteknél is csak akkor, ha az adós már a praetortól a doli exceptio inserálását kérte, itt tehát még római jogi értelemben is csak ope exceptionis hat.

A compensatiónak akkor van helye, ha

1. a két követelés tárgya hasonnemű. Ennek legfontosabb esete, ha mindkét követelés tárgya pénz vagy más fungibilis dolog;

2. mind a két követelés esedékes legyen;

3. a compensáló követelése legyen liquid, valódi, rögtön bizonyítható, ne késleltesse felperes követelését. Ha alperes követelése nem bizonyítható be rögtön, vagyis nem liquid, a bíró részítéletet hoz;

4. kell, hogy a compensáló követelés alperes részéről felperes irányában álljon fenn, de a kezes compensálhat a főadós követelésével is, és az egyik *correns socius* a másiknak követelésével, továbbá a debitor *cessus* a *cessionarius* ellen compensálhatja a *cedens* iránti követelését, a mely még a *cessio* előttről való.

A *compensatio* formája az *exceptio doli*.

Hatása, hogy felperes obligatioja megszűnik, még pedig nem az *exceptio doli* emelésekor, hanem abban a pillanatban, mikor az ellenkövetelés esedékessé vált. Vagyis a *compensatio ex tunc* hat, egyik fél sem kérheti az esedékesség óta folyó kamatokat, nem állnak be a mora és hatásai, elesik a nemteljesítéshez fűzött kötbér stb. Az obligatiónak ezt a visszanyuló hatását tekintik. Azo glossator nyomán az újabbak annak, a mit a források *ipso iure compensatum*nak neveznek.

Néhány kivételes esetben nincs helye a compensatiónak, így a depositumból folyó direct actióval, a birtok jogtalan elvonásából származó követeléssel, a fiscusnak és a városnak bizonyos követeléseivel és a tartásra való igénynyel szemben.

137. §. A novatio.

A felek' úgyis megszüntethetik a kötelmet, hogy új kötelmet alapítanak, egyrészt abból a célból, hogy azt a célt, a melyet a régi szolgált, most ez szolgálja, másrészt, hogy a régi kötelelem ez által megszüntetessék, a hitelezőnek új, jobb eszköze lévén az illető célra. Windscheid és a német polgári törvényk. a novatiót a *datio in solutum* fogalma alá vonják, ámde míg a *datio in solutum* a régi kötelmet csak megszünteti, addig a novatio új formában tovább fentartja. Practice ez nagy különbség, mert míg a *datio in solutum*nál a régi obligatio járulécai, kezesség, zálog természetesen megszűnnek, addig a novatiónál a felek rendszerint a régi biztosítékokat is fenn akarják tartani. Ha már most a novatiót a *datio in solutum* fejezetébe sorozzuk, ezeknek a járulékos jogoknak meg kell szűnniök. Igaz, hogy a felek megújíthatják, de az nem mindegy, hogy a régi zálogjogot tartom-e meg vagy újat kapok-e; mert a régi, esetleg *primus* volt, holott az új, esetleg csak a hatodik helyre kerül. Az sem mindegy, vajjon A. mint régi kezes

marad-e meg vagy új kezességet vállal-e, mert azóta cselekvési képessége változhatott.

A novatio tényállásához tartozik, hogy először is követelés álljon fenn, a mely naturalis is lehet, és másodszor a régit megszüntető kötelem létesíttessék (novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio). Ennek az új kötelemnek causája a réginek megszüntetése, ezenfelül külön causája nem lehet. Az tehát nem lehet, hogy az 1000 frtos bértartozást úgy újítom, hogy azt mondom, megveszem a házat 1000 frton. Ez nem novatio, mert az újnak saját külön causája van. A novatio céljaira tehát causalis obligatio nem, hanem csak abstract használható. Innen van, hogy a iustinianusi jogban csak stipulatióval lehetett noválni, mert a litteral obligatio megszüntével ez volt az egyedüli abstract kötelem; ma váltó és alaktalan abstract szerződés formájában lehet (ha ugyan ennek létezését Bähr alapján elismerjük). Ma a novatio rendes formája az, hogy adós úgy szól: elismerem, hogy neked tartozom és kötelezem magam, hogy fizetni fogok. Ez az elismerés nem ténybeismerés, hanem csak dispositio. Más igen gyakori forma: „elismerem, hogy vételár fejében tartozom neked 100 frttal és kötelezem magam, hogy ezt neked, mint kölcsönt meg fogom fizetni“, vagy: „ön ezt nekem egy további évre kölcsön adta“. A praxisban, ha aztán perre kerül a dolog, alperes azt szokta kifogásolni, hogy hisz ő nem vett fel kölcsön valutát, az neki le nem számoltatott, a kölcsönről kiállított ez az okirat tehát nem perelhető és ez alapon nálunk több ítélet is van, hogy felperest elutasították. Helytelenül, mert itt a kölcsön szó nem jogi műértelemben használtatott, itt a kölcsön csak annyit jelent, mint hitelezés, úgy hogy ez nem kölcsönelismervény, hanem abstract szerződés, a melylyel a régi kötelem esetleg nováltatott. (Lásd Schwarz: Magánjogi fejtegetések, kölcsönszerződés mint elismerési szerződés.)

A novationalis obligatio a régi gazdasági céljának folytatására szolgál. Lehet, hogy a kamat most nagyobb lesz, az alanyok is változhatnak, de a gazdasági cél ugyanaz marad. A szerint, a mint az alanyok változnak, vagy sem, beszélünk novatio simplexről, ha alanyváltozás nem történt, expromissióról, ha az adós személye a réginek kiyánsága nélkül változott, delegatio debitorról, ha a régi adós mandatum vagy iussus folytán új adós novál a régi hitelezővel, delegatio nominisről, ha a régi hitelező mandatum vagy iussus folytán új hitelező novál a régi adóssal. Minden ilyen személyváltozás azonban csak akkor novatio, ha animus novandi-val kötött az új obligatio, ha a felek az új obligatiót nem a régi mellé, hanem helyébe akarták constituálni. Ha ez animus novandi nem kétségtelen, akkor a iustinianusi jogban is, ma is a praesumptio az, hogy az új obligatióval nem noválni akartak, hanem a régi mellé akarták constituálni. Az tehát, hogy valamely tartozásomról

váltót adok, még nem szünteti meg a régi kötelmet, hacsak ezt a szándékot világosan ki nem fejezzük, az csak új eszközt ad a régi mellé a régi és tovább is fenmaradó obligatio céljának elérésére. Ha a váltót kifizetem, akkor a másik, az eredeti obligatio is, mint céljafogyott, persze megszűnik.

A novationalis obligatio a feleknek erre irányuló szerződéséből jön létre, ezért neve *novatio voluntaria*. Szoktak még *novatio necessaria*ról is beszélni, a mikor t. i. ex lege lép a régi kötelem helyébe új. Ilyen novatio necessariát szül a *litis contestatio* és a bírói ítélet, mert ~~ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.~~ Ez a novatio necessaria azonban nem valóságos novatio. Nem az, mert míg az igazi novationál a régi kötelem teljesen megszűnik, addig a necessariánál a régi kötelem mint naturalis obligatio tovább is fenmarad, továbbá míg az igazi novationál az accessorius jogok, hacsak a felek kifejezetten másképp nem intézkedtek, megszűnnek, addig a novatio necessariánál ex lege tovább fenmaradnak.

Megjegyzendő, hogy a novationalis kötelem nemcsak egy obligatio helyébe léphet, hanem többet is újíthat. Erre a célra a római jogban az ú. n. stipulatio Aquiliana szolgált.

138. §. Az elengedés.

A római jogban ez nem egyoldalú actus. Csak az adóssal kötött szerződés útján lehetett adósnak a tartozást elengedni. Ezt a német codex is elfogadta. Csakhogy expromissióval ez a szabály könnyen ki volt játszható. B.-vel átvállaltatom az A. adósságát, a mihez A. beleegyezése nem szükséges, és aztán B.-nek engedem el vele kötött szerződéssel ezt a tartozást. Így aztán A. mégis akarata ellenére szabadul kötelme alul és szűnik meg ez a kötelem. Az elengedéshez szerződést kívánni tehát nem következetes és belsőleg erős azoknak nézete, kik az egyoldalú elengedés lehetőségét vitatják.

Az elengedésnek a római jogban két eszköze van:

1. Ius civile szerinti eszköz az acceptilatio. Az acceptilatio liberatorius, sollemnis, abstract szerződés. Voltaképen a stipulatio megszüntetésére szolgált. A római jogban t. i. azt az elvet követték, hogy minden obligatiót keletkeztető tényének contrarius actusával kell megszüntetni. Nem a teljesítés szüntette meg az obligatiót, hanem a contrarius actus. Ha stipulációban 100 frtot ígértem, akkor a 100 frt fizetése nem mentesített, hanem csak az, ha a stipulatio contrarius actusa, az acceptilatio végbevitetett. A nexumot a nexi liberatio, a literal contractust az acceptilatio litteris szüntette meg, a consensualist a contrarius consensus (némelyek szerint a mutuus consensus ellentétéképen mutuus dissensusnak neveztetik,

helytelenül, mert a liberatorius szerződéshez is consensus szükséges). Hogy az acceptilatio mégis generalis szüntető tény lett e formalis plastikus elv daczára is, annak az a magyarázata, hogy bármely kötelmet stipulatióval, többeket stipulatio Aquilianával, nováltak, ezt a stipulatiót aztán az acceptilatio megszüntette. Az acceptilatio, mint mondtuk, abstract szerződés. Ennek látszólag ellenmond az, hogy úgy ment végbe, hogy az adós azt kérdezte a hitelezőtől: acceptum habes-ne, mire az azt felelte: acceptum habeo, vagyis látszólag causája a teljesítés volt. Ez azonban csak fictiv causa, vagyis semmi causa, mert valóságban a megtörtént acceptilatióval szemben a hitelező hiába bizonygatta, hogy acceptum non habet. Az acceptilatio ipso iure hatott, csak in iudicio kellett felhozni. Az acceptilatiót, bár szövege hasonló, nem szabad összetéveszteni a nyugtával. A nyugta csak bizonyítási eszköz, az acceptilatio maga jogalap.

2. *A pactum de non petendo ius honorarium* szerinti elengedés. Csak ope exceptionis hatott, vagyis már in iure volt felhozandó, de csak a stricti iuris obligációknál. Bonae fideieknél nem, mert exceptio doli bonae fidei iudiciis tacite inest. A pactum de non petendo néha nem teljes elengedés, hanem csak részleges, pl. több adós közül csak az egyiknek engedi el a tartozást p. d. n. p. in personam (ellentétben a tartozást, minden adósnak elegendő p. in remmel), vagy csak bizonyos időre engedi el, p. d. n. p. in certum tempus stb.

Ma a két elengedés közti különbség megszűnt, és a bíró az elengedést hivatalból veszi figyelembe, vagyis ma a pactum de non petendo ipso iure hat. (Ellenkező nézetten van Baron.)

Itt említendő a kényszerelengedés is. A római jogban a hitelezők többsége, a mi alatt nem a hitelezők száma, hanem a követelések nagyobb összege értendő, az adósnak nemcsak moratoriumot adhatott, mint azt már tárgyaltuk, hanem egy esetben, t. i. hogy az örökösnek lehetővé tegyék az eladósodott örökség elfogadását, a tartozások egy aránylagos részét elengedheti úgy, hogy az a kisebbséget is kötelezze. A praxis ezt arra az esetre is kiterjesztette, ha a hitelezők többsége azért engedte el a tartozás egy részét, hogy az adós a csődöt elkerülje. A kisebbség követeléseinek biztosítására rendelt zálogokra és kezességekre azonban ez a kényszerelengedés (accord) nem vonatkozik.

139. §. Egyéb szüntető tények.

Megszűnhetik az obligatio:

6. **Egyik alanyának elestével**, ha a felek előre kikötötték, hogy csak az ő személyükre szorítkozzék a kötelem. Egyébként szabály szerint a felek egyikének-másikának halála nem megszüntető tény, hanem csak alanyilag változtató, a mennyiben az elhunyt helyébe örököse lép.

7. **Confusio.** Ha az obligációban álló felek közül az egyik a másiknak successora pl. örököse lesz, akkor az obligatio per confusionem megszűnik, mert senki sem lehet önmagának az adója, hitelezője. Az örökösödésnél, ha pl. hitelező örököl az adós után, nem azért szűnik meg a kötelem, mert a hagyatékából kielégítheti magát, hanem attól függetlenül, tehát még akkor is, ha a hagyaték passiv.

8. **A szolgáltatás lehetetlenülése.** Ha a szolgáltatás adós-nak fel nem róható módon lehetetlenül, akkor adós obligációja megszűnik, ha a lehetetlenülés részleges (*periculum deteriorationis* szemben a *periculum interitussal*), akkor ennek erejéig szűnik meg az obligatio.

Ide tartozik az az eset is, ha a hitelező a maga követelését már más módon megkapta, pl. a szolgáltatandó dolgot mástól kapta. Ilyenkor is lehetetlenül az adós obligációja és így megszűnik. (Hartmann szerint ez nem esete a lehetetlenülésnek, hanem az obligatio mint céljavesztett szűnik meg.) Ha azonban a hitelező az adóstól szolgáltatandó dolgot kiadások árán szerezte meg, akkor az adós-nak ezeket meg kell térítenie, de persze csak tartozása erejéig. Ez tehát csak relativ szüntető tény. Ellenben absolute hat, ha a hitelező, a kinek valami ex causa lucrativa, pl. hagyomány, ajándék czimén jár, ezt a dolgot más lucrativ causa alapján kapja. Ez a *concursus causarum quarum lucrativarum*, a mely által az adós teljesen mentesül.

9. Nyilvános depositio megszünteti a teljesítést felajánló, de a hitelező morája folytán vagy más okból a teljesítésben akadályozott adós obligációját.

10. A restitutio in integrum, a resolutiv feltétel és a dies ad quem beállása, a hitelező érdekének megszűnése, accessorius kötelmeknél a főkötelem megszűnése stb.

V. FEJEZET. A KÖTELMEK VÉDELME.

Erről már a kötelem általános joghatásánál volt szó. Lásd ott.

VI. FEJEZET. FÜGGELÉK. A KÖTELMEK BIZTOSÍTÁSA ÉS MEGERŐSÍTÉSE.

140. §. A constitutum debiti.

Az obligatio csak eszköz valamely cél elérésére, nem öncél. Ezzel a fogalmával az obligatió-nak megfér, hogy ugyanarra a célra több obligatio fennálljon. Ez a több obligatio esetleg ugyanazon, esetleg más személyek közt áll fenn.

A régi római jog a maga formalismusában persze nem ismerte el az obligatióknak ilyen többségét. Ennek oka Dernburg

szerint, a kit a továbbiakban követünk, valószínűleg az volt, hogy több obligatiónál többszöri kielégítéstől féltek, holott az obligatio célja csak egyszeri kielégítés. Ezért ugyanannak a tárgynak újbóli ígérésénél, ha az valami újat tartalmazott, a régi jog novatiót követelt és ha az új kötelelem semmi újat sem tartalmazott, akkor kötelező sem volt. A római jog fejlődésével ez a merevség is megszűnt. Lassanként elismerték az accessorius stipulatiókat is az eredeti kötelezettség mellett, a mint az ma igen gyakori, pl. váltó kiállítása novationalis szándék nélkül.

Ide tartozik a rómaiaknak forgalmában igen fontos intézmény, a mely ma már római formájában nem szerepel, a constitutum debiti. A constitutum debitinek a római jogban a tartalma az, hogy valamely fennálló tartozásnak bizonyos meghatározott terminusban való teljesítését igéri. Ily módon a régi tovább is fennálló kötelelem mellé azt biztosító, erősítő új lépett, a melyből a hitelezőnek külön keresete is támadt: actio de pecunia constituta. Rendesen akkor kötötte meg az adós, ha már esedékes adóssága számára új terminust akart szerezni. Épen ebből magyarázható, hogy a constitutum meg nem tartása becsstelenség számba ment, és hogy a constitutum be nem tartása esetén adós a tartozási összegen felül annak még egy felébe marasztaltatott el. Vagyis a constitutum be nem tartása esetére sponsio dimidae partist is tartalmazott. Constitutum persze csak fennálló tartozásra volt köthető, de lehetett az így megerősített obligatio naturalis is. A megkötés után azonban a constitutumból folyó obligatio független volt a főobligatiótól, ez utóbbinak naturalissá válása, kielégítéssel nem járó megszűnése előbbin nem változtatott. Ha persze a főkötelelem kielégített, a constitutum is mint céljavesztett megszűnt.

A constitutumnak lényeges eleme volt a meghatározott fizetési idő, de a későbbi jogtudomány e nélkül is elismerte, csak azt kívánta meg, hogy a constitutum tárgya a főkötelelemmel lényegileg azonos legyen. De nemcsak az adós erősíthette meg a maga tartozását constitutummal, ú. n. constitutum debiti proprii, hanem más valaki is constitutum debiti alieni. Ez utóbbi már a kezességnek volt egy formája, a melyet azért kedveltek, mert szigorubb volt, mint a rendes kezesség, a mennyiben a constitutumbéli adós a főadósnak solidaris (nem correalis) adóstársává lett. Néha az idegen tartozás elismerésével a felek nem erősíteni akarták a főobligatiót, a mellé állítva az újat (constitutum debiti cumulativum), hanem annak helyébe akarták az újat állítani (const. deb. privativum), a mikor is novatioként hatott.

Ma már a constitutum intézménye római értelemben ismeretlen. Ma is történnek ugyan fizetési ígéret, de ezek nem római értelmű constitutum debitek. Nem azok, mert ma, ha fennálló adósság megfizetését ígérjük, annyit ígérünk megfizetni, a mennyi a tartozás lejáratakor lesz, nem pedig, a mennyi az ígéretkor. A mai

fizetési ígéret nem egységes intézmény, különböző célra szolgál, majd adósságelismerés, majd kezesség stb. Ezzel szemben Bruns, Arndts, Windscheid, Baron és mások ma is létezőnek mondják a *constitutumot*.

141. §. A kezesség.

Az obligatiónak megerősítésére és biztosítására szolgált az is, ha több adós vállalta el akár solidariter, akár correaliter a tartozást. Erről már volt szó. Ezeknél fontosabb és gyakoribb módja a kötelelem megerősítésének és biztosításának a kezesség.

Kezes az, a ki idegen tartozásból folyó teljesítésnek a biztosítására, a hitelezővel szemben a főadós mellett *accessoriusan* a tartozás teljesítésére kötelezi magát. A kezesség a kezes és a hitelező közt létrejött erre irányuló szerződésből folyik, de más természetű ügyletek is szülhetnek kezességi hatást.

A római jogban a kezességi szerződés a *stipulatio* (*adpromissio*) volt, még pedig történeti egymásutánban három formában:

a) A legrégibb mód a *sponsio* volt; a főadós stipulatiója után a kezestől kérdezte a hitelező: *idem spondes-ne?* Csak *civis* élhetett vele.

b) A peregrinusok által is használható volt a *fidepromissio*, a melynél a főadós stipulatiója után a kezeshez intézett kérdés: *idem fidepromittis-ne* volt.

Ez a két forma csak *verbalis obligatio* után vállalt kezességre szolgálhatott, továbbá az így létrejött kezesség át sem volt örökíthető és fennállott még akkor is, ha a főtartozás esetleg semmis volt. Ezen segitendő behozták

c) a *fideiussiót*, *idem fide tua iubes?* formában. Peregrinusok is élhettek vele, a kezes örököseit is kötelezte, továbbá nemcsak *verbalis*, hanem bárminő más obligatiohoz is járulhatott, sőt nemcsak a főkötelemmel egyidejűleg, hanem később, sőt még azt megelőzőleg is létrejöhetett.

A kezesség a római jogban nemcsak magánjogi, hanem politikai, *socialis* jelentőségű is volt. A római polgár becsületbeli kötelessége volt *cliens*éért kezességet vállalni, a mivel egyrészt hitelt szerzett neki, másrészt meg magához vonzotta. Ez azonban nehéz teherként súlyosodott az arisztokrátiára, a miért is a köztársaság idjén számos a kezességet enyhítő törvényt hoztak. Ezek közt legnevezetesebb a *lex Furia* a *sponsor* és *fideipromissorokra* vonatkozólag. Ez kettőt rendelt. Elrendelte először is, hogy két év leforgása alatt az ilyen kezes felszabadul, másodszer, hogy ha több kezes van, a tartozás már *ex lege* megoszlik köztük. A justinianusi jogban már csak a *fideiussio* van érvényben. Ez is *strict* jellegű, a mennyiben érvénytelen, ha többre vagy másra irányult mint a főadósság.

Érdekes vitakérdés, hogy a fideiussio a correalis kötelelemhez hogy viszonylik. Erről a kérdésről a correalis obligatió nál már szó lottunk.

A római jog a kezességre szolgáló stipulatió n kívül, még más voltaképen nem erre a célra szolgáló ügyletet is felhasznált, hogy a kezesség hatását elérje. Így felhasználta a constitutumot és a mandatumot.

1. A *constitutum debiti* eleinte és első sorban a saját tartozás nak megerősítésére szolgált, de már a császári időben másnak a tartozását is el lehetett vele vállalni, constitutum debiti alieni. Az ilyen fizetési ígéret nem mindig szolgált biztosításul, mást is célloz hatott, különösen adósságátvállalást (constitutum privativum), úgy hogy igen ritkán használták a kezesség céljaira, annál is kevésbbé, mert az ilyen kezeset még sponsio dimidiae partis is kötelezte és még akkor is kellett teljesítenie, ha a főkötelelem a perlésig esetleg megszűnt.

Sokkal gyakrabban szolgált a kezesség céljára a receptum argentarii. A bankár valamely üzletbarátjaért való teljesítést ígéri ebben a hitelezőnek, rendesen természetesen az üzletbarát utalvá nyára. A receptum alapja az volt, hogy az utalványozó a harma diknak tartozott, a mikor is a receptum kezességi jellegű volt, de szolgálhatott a receptum másra is. Iustinianus a receptumot beolvasztotta a constitutumba, és ezóta gyakoribb volt a constitutum felhasználása kezességre.

2. Igen gyakori a hitelezési megbízás — mandatum qualificatum — azaz megbízás arra, hogy a megbízott valamely harma diknak hitelezzen. A megbízás teljesítésével a kezességhez hasonló viszonyt nyerünk, mert ha a harmadik fizetni nem akarna, a meg bizott a megbízó ellen fordulhat actio mandati contrariával, azon az alapon, hogy a meg nem térített kölcsön a megbízásból folyó vesz teség, kiadás. A mandatum qualificatum a mandatum szabályait követi, akár a megbízó, akár a megbízott halálával megszűnik, fel mondható stb. Mégis annyiban tér el a mandatum simplextől, hogy a megbízó itt a megbízás teljesítését nem követelheti, lemond man dati actio directa-járól, mert ennek a mandatumnak a célja nem a megbízott kötelezése a hitelezésre, hanem fordítva megbízónak kötele zése a kártérítésre, ha a megbízott a megbízásnak eleget tesz. Ez sem igazi kezesség, mert a megbízó — a kezes — nem azzal tar tozik, a mivel a főadós, t. i. teljesítéssel, hanem kártérítéssel, és a főadós ellen folytatott per litis contestatiója a mandator kötelezett ségét meg nem szünteti.

E közül a két intézmény közül ma már csak a hitelezési megbízás praktikus. A kezesség minden egyéb formája ma már egybeolvadt, és ez az egységes kezesség a római fideiussio sza bályait követi, kivetkőztetve azt persze strict jellegéből. (Némelyek a constitutum debitinek ma is fennállását vitatják, alig helyesen.)

Ma a kezesség bármily alaktalan szerződésben megköthető, accessorius jellegű, ha tehát a biztosított követelés a kezesség kötésekor ~~semmit~~ volt, a kezesség sem jön létre, megszűnik a főkötelem megszűntével. Ellenben naturalis vagy jövőendő kötelem kezességgel megerősíthető. Ma a kezesség nemcsak úgy lehető, hogy ugyanazt igéri, mint a főadás, tárgya esetleg más is lehet — árú helyett pénz — csak a vagyoni érdek legyen ugyanaz. A kezes súlyosabb kikötéseknek vethető alá, mint a főadás, többel tartozhatik, a mikor is a többlet kártérítés számba megy, és így a többre való kötelezés ellentétben a fideiussióval a kezességet meg nem szünteti. A kezesség accessorius jellegével nem tévesztendő össze subsidiaritása, hogy t. i. a kezes csak akkor támadható meg, ha a főadóstól a teljesítés már el nem érhető. A régi római jogban ez ismeretlen volt és csak a beneficium excussionis behozatala óta (Iustinianus) lett szabálylyá. Hogy a kezes mily terjedelemben felel, az első sorban a kezességi szerződéstől függ. In dubio teljes kezességet vállal, vagyis kezességet mindazért, a mit a főadás a főkötelem folytán majd teljesíteni tartozik a kezesség érvényesítésekor. A kezes tehát a főadás mora-, dolus- és culpa-jáért is felel. Ügyleti kamatokra, kötbérre és más külön kikötésekre azonban a kezesség in dubio ki nem terjed. A kezesség tárgya a főadás kötelmének a teljesítése. Ebből foly, hogy a kezes mindazokat a kifogásokat emelheti, a melyeket a főadás, és ezt meg a főadás tiltakozásával szemben is megteheti. Ez alól kivétel, hogy a kezes a főadás némely exceptiója pl. az exc. SC. Macedoniani-t csak akkor emelheti, ha neki a főadás ellen regressusa van, más legszemélyesebb exceptiót pedig — pl. a beneficium competentiae, a kényszer elengedésre való hivatkozást — egyáltalán nem.

A classicus jog szerint a hitelezőnek szabad választása volt, ő akár a kezest, akár a főadóst perelhette. De ha a per bármelyikük ellen a litis contestatioig jutott, akkor igénye a másik ellen is megszűnt. Iustinianus ezt megszüntette (l. 28, C. 8, 40), úgy hogy a hitelező a főadóst és a kezest akár egyidejűleg, akár egymásután perelhette. Később azonban megadta a kezesnek a beneficium excussionis seu ordinis, hogy t. i. felperestől keresetével szemben exceptio excussionis seu ordinis az azt követelheti, hogy előbb a főadás ellen forduljon, és csak ha a főadás elleni végrehajtás is sikertelen maradna, perelje be őt. Felperesnek csak akkor kellett a főadás elleni sikertelen végrehajtást bizonyítania, ha alperes kezes ezt az exceptiót emelte, különben nem. Bizonyos esetekben azonban ez az exceptio nem volt emelhető, így ha a főadás távol volt, ha a kezes a kezességet letagadta, ha a főadás ellen a csőd megnyitott, vagy ha kényszeregyezség biztosítására szolgált. A kezesség subsidiaritása szerződésileg is köthető, fideiussio indemnitis, a mikor a subsidiarius felelősség nem beneficium, hanem a szerződésből foly. Ily esetben a kezes még akkor sem támadható

meg, ha a főadós csődbe jutott — a hitelezőnek a csőd végét kell bevárnia. Még subsidiariusabb jellegű a kezesért vállalt kezesség, alkezesség, a minek az az értelme, hogy az ilyen alkezes csak akkor támadható meg, ha úgy a főadós, mint a főkezes elleni végrehajtás sikertelen volt.

A régi sponsiónál, ha a sponsor a főadós helyett teljesített, akkor ez ellen regressusa volt, igen előnyös keresettel az actio depensi-vel. Ilyen magából a kezességből folyó regressus ma már nincs. Ma a regressus azon a jogviszonyon alapszik, a mely a főadós a kezes közt fennáll, és a melynek alapján utóbbi a kezességet elvállalta. Így ha a megbízás folytán vállalta el, mandati actio contrariája van, ha megbízás nélkül, de persze nem adós ellenkezése ellenére, vállalta, actio negotiorum gestorum contriariával élhet. Ha animo donandi kezeskedett, semmi regressusa sincs. A kezesnek a főadós ellen illetően regressusa biztosítására szintén vállalhat valaki kezességet, ú. n. hátkezességet.

Az adóshoz való jogviszonyból folyó regressuson kívül megvan a kezesnek a beneficium cedendarum actionum is, a melynek értelmében azt kérheti a hitelezőtől, hogy ez a teljesítés ellenében rácedálja a maga követelését a főadós ellen. Ilykép a kezes a hitelező successorává lesz.

Ha ugyanazon követelés biztosítására többen vállaltak kezességet, akkor ezek a kezesek solidaris adóstársak, vagyis mindegyik az egészért felel. Ha az egyik közülük fizetett, társai ellen ennek alapján nem, hanem csakis akkor fordulhat, ha köztük erre jogot adó viszony, pl. társaság forog fenn. E mellett még két beneficium is áll rendelkezésére, a mivel a teher megosztását elérheti.

Az egyik a beneficium divisionis, a mely szerint felperes hitelezőtől a követelésnek az összes kezesek közül való megosztását követelheti. Nem élhet ezzel a kifogással, ha a kezességet tagadja, ha a kezes társ távol van vagy kezeshetősége joggal kétségbe vonható, ha e beneficiumról lemondott, vagy ha kereskedelmi ügyletről van szó. Másik eszköze a már tárgyalt beneficium cedendarum actionum.

Megszűnik a kezesség mindazon tények által, a melyekkel minden obligatio, azonfelül néhány specialis megszüntető ténye is van. Ilyenek:

a) Ha a főkötelem megszűnik, megszűnik a kezesé is. De ez csak akkor áll, ha a főkötelem materialiter kielégített vagy confusio áll be. Ha azonban a főkötelem mint naturalis obligatio fennmarad, vagy megszüntetése csak excipiendo érvényesíthető, akkor a kezesség teljes érvényű marad. Ilyen marad akkor is, ha a kezesnek a szolgáltatás lehetetlenülése felróható, bár ez esetben a főkötelem megszűnik.

b) Megszűnik a kezesség akkor is, ha a főadós ~~a~~ kezes egymásnak successorává lesz. Ilyenkor csak a főadósság marad fenn, ha csak a kezességi kötelem a hitelezőnek nem előnyösebb.

c) Felszabadul a kezes, ha a hitelező jogok feladásával vagy a tartozás behajtásánál tanúsított hanyagsággal őt kár ellen óvó törvényes segédeszközeitől megfosztotta, vagy azokban megrövidítette. Ezt a tételt a római jog nem ismeri.

142. §. Egyéb erősítő és biztosító intézmények.

1. **Az arrha.** A szerződés megkötése után a felek rendszerint egymásnak valami értéktárgyat adnak át, abból a célból, hogy ez a szerződés megkötésének bizonyságául szolgáljon. Ez az *arrha confirmatoria*, a foglaló. Néha az arrhanak büntetési célja van — *arrha poenitentialis* — még pedig kétélűen. Ha az ügylet meghiúsultát az arrhát adó okozta, akkor elvesztette az iránta való jogát, ha pedig az arrhát kapó okozta, duplán kellett azt visszaadnia. Ma csak az arrhát adó büntetésére szolgál. Néha az arrha mindkét célú, úgy a bizonyítót, mint a büntetőt egyesítheti magában. És ez ma a rendes eset. Ez alapon a foglalót kapó jogosítva van az arrhát megtartani, a helyett, hogy a kötelelem teljesítését kívánná. Más a *bánatpénz*, szintén *arrha poenitentialis*, amely az adósnak ad facultas alternativat. A foglalót kapó a foglaló tulajdonosává lesz és csak obligatorie van a visszaadásra illetve a teljesítésbe való beszámításra kötelezve.

2. **Kötbér, poena conventionalis** l. a kötelelem tárgyánál.

3. **Zálog** l. a dologi jogban.

4. **Eskü.** A kötelelemnek eskü alatt való ígérese (*iuramentum promissorium*) nemcsak vallási és becsületbeli szempontból erősíti a kötelmet, hanem, bár az érvénytelent érvényessé nem teszi, jogi hatással is jár, így pl. a praetor a kiskorúnak nem ad in integrum restitutiót, ha kötelmét esküvel erősítette meg és a nőt sem menti a SC. Velleianum esküvel megerősített intercessiója alól.

5. **Obligationes (actiones) adiecticiae qualitatis** l. az institutio kézikönyveket.

143. §. Az intercessio.

Intercessio, közbenjárás materialiter ránk nézve idegen adósnak biztosítása vagy elvállalása azon hitben, hogy a teljesítést az érdekelt fél fogja véghezvinni, és azon célból, hogy az illetőnek ez által hitelt szerezzünk.

Megkülönböztetünk cumulatív és privatív intercessiót. **Cumulatív** akkor, ha a materialiter érdekelt mellé lépünk, pl. kezességet vállalunk érte, *correalis* adóstársává leszünk, zálogot adunk tartozása biztosítására, ellenben **privatív**, ha az érdekelt helyett vállaljuk el a tartozást, pl. átvállaljuk tartozását akár *delegatio debiti*, akár *expromissio* alapján, vagy ab ovo csak magunkat kötelezzük, holott a kötelelem előnyeit nem mi, hanem ő élvezte, pl. váltót adunk,

holott az értéket nem mi kaptuk. Minthogy az intercessio nem valóságos teljesítés céljából történik, a mivel persze a hitelező nem törődik, hanem azon hitben, hogy teljesíteni majd az érdekelt fog, ezért az intercedens, ha mégis ő volt kénytelen teljesíteni, attól, kinek érdekében intercedált, kártérítést vagy teljesítés előtt fedezetet kérhet, még pedig vagy mandati actio contrariaval; ha az érdekeltnek tudtával és kérelmére, negitorum gestorum actio contrariaval, ha tudta nélkül, de rá nézve utiliter intercedált.

Ez a regressus persze nagyon kétséges értékű, mert ha az érdekelt hitele ép volna, nem szorult volna másnak, intercessiójára. Éppen ezért a római jog a nőknek intercessióját korlátozni akarta és korlátozta is, mert ismert jószívűségük-, könnyelműségüknél és gyengeségüknél fogva könnyen rábirhatók arra, hogy másért intercedáljanak. Ezért a *SC. Velleianum* (Kr. u. 46) kimondta, hogy a nők kezessége és idegen kölcsöntartozások elvállalása általuk exceptióval, melynek ép ezért *exceptio SC. Velleiani* a neve, megtámadható. Ezt aztán kiterjesztették a nőnek bármely idegen tartozásokért elvállalt obligatiójára. Ha azonban a nő tudatában volt annak, hogy nemcsak hitelemelés az ő intercessiójának a célja, hanem maga akarta a terhet viselni, semmi szükség sem volt a jog védelmére és ezért idegen tartozásnak megfizetése vagy bármily más materialis kielégítése a nő részéről teljesen érvényes volt. Ellenben megtámadható volt az idegen tartozásnak biztosítása és elvállalása a nő részéről akkor is, ha azt nem intercessionalis célzattal tette, hanem abban a hiszemben, hogy ő is érdekelve van. A praxis azonban ezt elejtette. Nem emelheti a nő a védelmére szolgáló exceptiót: a) ha a hitelező nem tudta, hogy nő intercedál, b) ha kiskorú volt és az, kiért a nő intercedált, a követelést ki nem elégítheti, c) ha a nőt dolus terheli, d) ha a nő intercessiójáért fizetést vagy fedezetet kapott, e) ha dos ígéretért intercedált, f) ha intercessióját két év múlva megismételte.

Az *exceptio SC. Velleian*ival megtámadott intercessio semmissé lesz, azaz még *naturalis obligatio* sem marad. Ha tehát a nő később tévedésből fizet, *condictio indebitum*vel a teljesítést visszakövetelheti. Ha az intercessio *privativa* volt, azaz a nő nem biztosítást, hanem magát a főkötelmet vállalta magára, akkor a hitelező az érdekelt ellen, ki a nő intercessiója által a kötelezettség alól mentesült, keresetet nyert, még pedig, ha a nő az érdekeltnek már fennálló tartozását vállalta át, *actio restitutoria*t (az átvállalás előtti állapot állíttatik helyre), ha pedig a nő egészen új kötelmet vállalt magára az illető érdekében (ú. n. *tacita intercessio*), *actio institutoria*t (vagyis az érdekelt tekintetük ab ovo kötelezettnek).

Iustinianus a l. 23. C. 4. 29-ben a nő védelmét még fokozta. A nő intercessiójának érvényéhez három tanú által aláírt közokiratot kívánt meg, a melynek hiányában az intercessio semmis. Ilyen okirat nélkül tehát az intercedáló nő minden *exceptio* nélkül hiva-

talból felmentendő. De ha ily okiratot ki is állítottak, a nőnek még mindig megmarad az exceptio SC. Velleianije. Oly esetekben, amikor a régi jog szerint az exceptio sem volna emelhető, nem lesz az intercessio okirat híján sem semmis. Iustinianus másik a nőt nem kevésbé védő intézkedése, hogy a férjért vállalt intercessio minden körülmény között semmis (134. nov. 8. cap., mely a glossált codexben mint *authentica si qua mulier* van a l. 22. C. 4. 29 elé csatolva). A német gemeinrechtliche praxis ezen az utóbbi intézkedésen túltette magát, mert állítólag a német nő nem könnyelmű, hanem bieder. Túltette magát olyképen, hogy a nő az ő javára szolgáló ezen védelmi eszközökről bizonyos formában, pl. esküvel, vagy előzetes birói kitanítás után lemondhatott.

II. rész. Egyes kötelmekről különösen.

144. §. Az ajándék.

A kötelmi jog általános részében letárgyaltuk az összes kötelmekre vonatkozó tételeket, a különös részben az egyes kötelmekről kell szólnunk. Ezeket azonban, különösen pedig a szerződéses kötelmeket, taxative felsorolni nem lehet. A római jogban csak 12 contractus volt, ma már se szeri se száma. Meg kell tehát elégednünk a legtypikusabbaknak tárgyalásával, annál is inkább, mert a többiek ezek mintájára könnyen megconstruálhatók és kifejthetők. (A vizsgálatra való előkészülés céljából az itt tárgyalandó obligatiókon kívül akár a Vécsey, akár Kajuch kötelmi jogának különös része tanulandó meg. Vécsey 313—373, Kajuch 234—270.)

A rómaiak a kötelmi contractusokat beosztották négy csoportba: verbalis, litteralis, realis és consensualis szerződésekre. Hogy az egyes csoportok alatt mit értettek, arról már volt szó. Ma már ez a felosztás használhatatlan, mert egyrészt minden kötelem ma már consensualis contractussal is megköthető, másrészt pedig a római 4 realis contractuson kívül minden kétoldalú szerződés is az lehet, ha t. i. az egyik fél rögtön teljesít és a szerződés ezzel köttetik meg. Pl. az adásvevés a római jogban consensualis contractus volt, de ha ma pl. a pályaudvaron sonkás zsemlyét veszek, akkor az adásvétel re contratitur. Ép ezért minden beosztást elkerülve adunk itt néhány contractust.

Az ajándék. Az ajándékozás egyoldalú szerződés, mely által az egyik fél ingyenes követelést nyer. Ajándék alatt azonban nemcsak ezt a kötelmet megállapító szerződést, illetve magát a kötelmet értjük, hanem ajándékról beszélünk akkor is, ha minden előleges kötelem nélkül átruházom önre dolgomnak tulajdonát minden ellenszolgáltatás nélkül, donandi causa, azaz hogy az ön vagyona

gyarapodjék, az enyém csökkenjen. Az ajándék tehát voltaképen csak causaja a legkülönbélebb ügyleteknek. A kötelmi jogban ajándék alatt a donandi causa történt és a másik fél által ajánlott vagy elfogadott ígéretet, tehát szerződést értjük, mely által az ígérő ellen a másíknak követelése támad. Ide tehát csak az obligando ajándék tartozik, ellenben a donatio dando a traditio, a donatio liberando az adósságelengedés fejezetébe való. A donatio másrészt lehet: donatio inter vivos és mortis causa. Ez utóbbi a hagyomány-nak egy módja és ott fejtendő ki.

A donatio obligando, vagyis a donandi causa kötelmet a rómaiak csak pactumnak ismerték el, nem szerződésnek, és mint-hogy perelhetőségét a császárok adták meg, pactum legitimum volt. A donatio obligando esetében csak a kötelemvállalás az ajándék, az történik causa donationis, de mikor ezt a kötelmet teljesítjük, nem ajándékozunk, hanem kötelezettségnek teszünk eleget. Minthogy azonban voltaképen az ajándékozó a kötelem megkötése után is csak liberalitását gyakorolja, csak dolusért és culpa lataért felel, késedelmi kamatot nem fizet, igénye van a beneficium competentiaere, hiányokért sem szavatol, hogy pedig a kötelem teljesítéseképen átadott dolognak más által történő elperléseért, ú. n. evictióért mennyire felel, vitás. Annyi bizonyos, hogy ha őt e tekintetben dolus terheli, felelős érte.

A justinianus előtti jogban a donationalis ígéret csak stipulatio formájában mehetett végbe, ezért teljesítése actio ex stipulatu-val volt perelhető. Iustinianus a formátlan pactumot is elegendőnek jelentette ki, ha az ajándék 500 solidusnál nem magasabb. Az így ígért ajándék követelésére szolgáló keresetet az újabbak condictio ex lege 35 C. de donationibusnak, vagy röviden condictio ex lege-nek hívják.

Az ajándéokra vonatkozó nevezetesebb intézkedések:

1. A lex Cincia de donis et muneribus azt rendeli, hogy bizonyos, ismeretlen, mértéken felüli ajándékozás tilos, kivéve az ú. n. exceptae personaevel szemben. (Ezek a personae exceptae a fragmenta Vaticana szerint: cognatusok az 5-ik fokig, a 6-ik fokból csak a sobrinusok, manus-, potestas- vagy mancipium-mal összekapcsolt személyek, bizonyos affinisek, jegyesek, gyám, gondnok, gyámolt, gondnokolt, végül a patronus és gyermekei). A personae non exceptaevel szemben pedig az ajándékozás csak akkor válik teljes érvényűvé, ha tényleg teljesítették. Az ajándékozónak a persona non excepta keresetével szemben exceptio legis Cinciae je van, ha az ajándékozás mértéken felüli volt vagy nem kellő formában köttetett.

2. Constantius Chlorus a personae non exceptae javára történő ajándékozásokra nézve azt rendelte, hogy azok biróság előtt jelentendők ki és ott jegyzőkönyvbe veendők (birói insinuatio).

Constantinus a birói bejelentést minden ajándékozásra kiterjesztette és elrendelte, hogy minden ajándékozásról okirat állíttassék ki, az ígéret teljesítése pedig, a *mancipatio*, *traditio* tanuk előtt menjen végbe.

3. Iustinianus a birói insinuatión csak 300, később az 500 soliduson felüli ajándékozásokra tartotta meg. (500 solidus körülbelül 3000 frt.) Az 500 solidust meghaladó nem insinuált ajándék semmis. Ez alól az *insinuatio* alól mentesek természetesen a császár, a *fiscus*, a városok stb. javára tett ajándékozások, továbbá foglyok kiváltására, dos vagy *donatio propter nuptias* céljából és életmentő javára kötött donatiók.

Az ajándék visszavonható. Eredetileg csak a *patronus*t illette meg ez a jog *libertus*ával szemben hálátlanság miatt, vagy azon a czímen, hogy gyermekei születtek. Iustinianus az ajándéknak durva hálátlanság miatti visszavonhatóságát általánosította és törvénybe iktatta. Törvénybe (l. 10 pr. C. 8. 55) iktatta a durva hálátlanság eseteit is, ilyennek minősítve az ajándékozónak durva szóbeli megsértését, minden ellene irányított tettelegességet, életére törést, család vagyoni károsítást, a *modus* meg nem tartását. Ellenben nem vonhatja vissza a gyermekeinek tett ajándékot a *mater* *bi*nuba *turpis*, és nem vonható vissza az életmentőnek tett ajándékozás sem. Az ajándék visszavonása az ajándékkötelmet nem teszi semmissé, a visszavonás alapján az ajándékozónak csak követelése van *ad restituendum*, illetve ha a megajándékozott az ajándékon már túlradott, a gazdagodásra. E célra *condictio ex lege*je van. Megjegyzendő, hogy csak az ajándékozó maga vonhatja vissza az ajándékot és csak a megajándékozottól, de mihelyt a visszavonást kimondta, a visszaadásra irányuló kötelelem már mindkét részről átörökíthető. Az ajándék visszavonásáról előzetesen lemondani nem lehet, mert az *pactum turpem causam continens* volna. Az ajándékot bizonyos esetekben megtámadhatják az ajándékozó ú. n. szükségörökösei a *querela inofficiosae donationis*sel, hitelezői pedig az *actio Pauliana*val.

Az ajándéknak különös nemei: a) a *donatio omnium bonorum*, az egész jelenlegi vagyon ajándékozása, a mely azonban még sem hoz létre *universalis successi*ót; b) *donatio remuneratoria*, a mely voltaképen valamely jótett (életmentés) vagy más szolgáltatás fejében adatik. Voltaképen nem ajándék, hanem *naturalis obligatio* teljesítése, mint ilyen vissza sem vonható; c) *donatio inter virum et uxorem*, házasság alatti ajándékozás, kivéve a *donatio propter nuptias*t (l. családjogban), *mortis caus*át és szerény alkalmi ajándékokat, érvénytelen, de *convalesc*álódik, ha az ajándékozó nem élte túl hites-társát és az ajándékot a házasság tartama alatt vissza nem vonta (Severusnak vagy Caracallának oratiója). Iustinianus szerint a 300, illetve 500 soliduson felüli ajándékozás csak akkor válik vissza nem vonás esetén az ajándékozó házastárs halálával érvényessé, ha insi-

nuáltatott. A házastársak közt még életükben létrejött ajándékok tehát érvénytelenek, és az ajándékozott dolgok rei vindicatioval visszakövetelhetők.

Függelék. A *modus*. Az ajándékozó ajándékához gyakran szokott oly kikötést fűzni, hogy a megajándékozott valamit tegyen, vagy ne tegyen. Ez a kikötés (*modus*, meghagyás, célhatározmány) csak ingyenes juttatásoknál lehető, mert a visszterhes kötelmeknél az ellenszolgáltatásnak része és mint ilyen magából a szerződésből foly, annak keresetével érvényesíthető. Ha pl. a ház vevője arra kötelezi magát, hogy a jelenlegi lakóknak $\frac{1}{2}$ évig nem fog felmondani, akkor ez a kötelezés a házért járó ellenszolgáltatáshoz tartozik és az *actio venditivel* kikényszeríthető. A *modus* tehát csak az ingyenes juttatásoknál válik önálló alakulattá. Pl. Neked ajándékozom a házat, de kikötöm, hogy a jelenlegi lakóknak fel ne mondj, vagy kikötöm, hogy renováltasd. Az ilyen kikötés nem ellenszolgáltatás, mert az ajándéknál ilyen nincs. A *modus* nem akadályozza meg a megajándékozottat (vagy az örököst, hagyományost) az ajándék (az örökség, hagyomány) megszerzésében, de megnehezíti annak élvezését. Az örökös megszerezheti az örökséget, de a *modus* teljesítéseig nem védetik meg benne, a megajándékozott vagy a hagyományos követelheti az ajándékot, hagyományt, de előbb a *modust* vagy teljesítenie kell, vagy *cautiót* kell adnia. Ha az illető a juttatást meg is szerezte, akkor a *modus* teljesítésére kötelezhető, még pedig az örököst a hatóság kényszerítheti, ha több örökös van és csak az egyik kapta sub modo az örökséget, társai kötelezhetik az *actio familiae herciscundae*vel, a hagyományost és a megajándékozottat pedig az örökös, illetve a megajándékozó perelhetik *actio praescriptis verbissel* a *modus* teljesítésére. A *modus* foglalhat magában harmadik személynek való juttatást is, de épen abban különbözik pl. a hagyománytól, hogy ez a harmadik ezzel jogot nem nyer, ő nem követelhet. A *modus* teljesítését tehát nem az érdekelt harmadik, hanem csak maga a kikötő fél vagy örökösei követelhetik. Ha a *modus* még sem teljesített, akkor a hagyományos a hagyomány, az ajándékozó pedig az ajándék visszaadására perelhető (*conditio causa data causa non secuta*-val).

A *modus*nak tárgya sem lehetetlen, sem tilos, sem bolond szolgáltatás nem lehet, az ilyen nem létezőnek tekintetik. Szükséges továbbá, hogy vagy a juttatónak, vagy valaki harmadiknak a *modus* teljesítése érdekében legyen, mert különben nem *modussal*, hanem csak tanácscsal (*nudum praeceptum*mal) van dolgunk, a mely nem kötelező.

A *modussal* kikötött eredményt feltétel formájában is elérheti az ajándékozó örökhagyó. A helyett, hogy azt mondaná: adok neked 1000 frtot, de kikötöm, hogy a szegényeknek 100 frtot adjál, azt is mondhatta: adok neked 1000 frtot, ha a szegényeknek 100 frtot

adsz. Ilyen módon a *modus* igen hasonlít a *conditio suspensiva potestativához*. Különbözik tőle azonban abban, hogy míg a *conditio* a juttatás megszerzését felfüggeszti (nem a tied az 1000 frt, míg 100 frtot a szegényeknek nem adtál, addig még mindig az enyém; tehát *rei vindicatio*val visszakövetelhetem), addig a *modus* nem függeszti fel (az 1000 frt rögtön a tied, *rei vindicatio*val többé vissza nem követelhetem). A másik különbség meg az, hogy a feltétel ki nem kényszeríthető (a 100 frt adására nem perelhetlek, csak az 1000 frtot kérhetem vissza), ellenben a *modus* igenis perrel (*actio praescriptis verbis*) érvényesíthető.

145. §. A kölcsön.

A *kölcsönszerződés* (*mutuum*) a római jog egyik *realis contractusa*. Tehát csak akkor volt perfect, ha a hitelező az adósnak a dolgot átadta. Puszta megállapodás, hogy majd adni fogok kölcsönt, (*pactum de mutuo dando*), nem volt kötelező, csak a későbbi praxis fejlesztette ki, hogy ebből a *pactumból* is lehet perelni.

A *realis contractusok* megegyeznek abban, hogy a kötelem csak a dolog átadásával jön létre, és hogy az adós csak azt, vagy olyan dolgot tartozik visszaadni, a melyet, vagy a milyent kapott, egyéb ellenszolgáltatást nem. Különböznek azonban a *cél* tekintetében: A *mutuum* és a *commodatum* adós érdekében köttenek, a *depositum* a hitelezőében, a *contractus pignoratiticius* mindkettőében. A *mutuum* és a *commodatum* között a különbség megint az, hogy a *mutuum* célja, hogy az adós a dolgot teljesen használhassa, esetleg felhasználhassa, a *commodatumnál* pedig csak múlólagos használatot nyer. Épen ezért a *mutuumnál* a hitelező az adósra a dolog tulajdonát ruházza át, úgy hogy neki csak visszakövetelési joga van, ellenben a *commodatumnál* az adós csak *birtokjogot* nyer, a birtokjog és a tulajdonjog a hitelezőnél marad, úgy hogy a dolgot nemcsak kötelmi joga alapján követelheti vissza, hanem *actio in rem*-mel is. Ugyancsak a célból foly az is, hogy míg a *commodatumnál* az adós a használat után ugyanazt a dolgot köteles visszaadni, addig a *mutuumnál* ezt nem kívánjuk meg, hiszen esetleg felhasználta teljesen a dolgot. *Mutuum* esetén tehát csak ugyanannyit és ugyanolyan köteles visszaadni. Más szóval, a *mutuum generikus obligatio*, a *commodatum specifikus*. A *mutuumnak* tárgya e szerint *rendesen res fungibilis*, holott a *commodatumné* *res nec fungibilis* szolgáltatása. De ez nem okvetlenül szükséges. Lehet a *commodatumnak* tárgya is helyettesíthető dolog.

A *mutuum* kölcsön tehát az adós érdekében kötött szerződés, melynek tartalma az, hogy a hitelező az ő tulajdonában levő dolog vagy dolgok tulajdonát az adósra átruházza azzal, hogy az adós ugyanilyen és ugyanennyi dolgot neki visszaadjon. Adós obligatioja

generikus és ingyenes. Legfontosabb a pénzkölcsön, melyre nézve különös szabályok fejlődtek. Erre vonatkozik a Sc. Macedonianum, a sponsio tertiae partis, és legfőképen a querela (exceptio) non numeratae pecuniae intézményei. Még a keresetben is kifejezést nyer, mert a pénzkölcsönnél a hitelezőnek külön keresete van, condictio certi.

A kölcsön tényállásához megkívántatik, hogy a hitelező a dolgot, még pedig az ő tulajdonában levő dolgot az adósnak átadja. Ha nem ő maga, nem az adósnak, vagy nem a maga dolgát adja át, az nem mutuum. Később a császárság alatt mindezekben engedett a jog. Megengedte először, hogy ne a hitelező közvetlenül adja át a dolgot, hanem úgy, hogy valamelyik adósát bizta meg azzal, hogy esedékes tartozását ne neki teljesítse, hanem kölcsönként vagy valamely harmadik személynek adja, vagy pedig kölcsönként magánál tartsa. Megengedte továbbá, hogy a hitelező ne a kölcsöndolgot magát adja át, hanem valami más dolgot azzal, hogy azt adja el, a vételárat pedig tartsa meg kölcsönként. Ez az ú. n. contractus mohatrae vagy baratae. Ily esetben az eladásra adott dolog casus általi elpusztulása vagy rosszabbodása (periculum interitus et deteriorationis) a kölcsönvevőt éri. Ennek egy esete volt az is, ha a felek előre megállapították az eladandó dolog vételárát, úgy hogy az adós nem a valóban elért vételárral, hanem az előre megállapítottal tartozott. Ez igen alkalmas volt az adós megkárosítására és az uzsoratilalom kijátszására. A mutuum tényállásából így csak annyi maradt meg, hogy az adósra a dolog tulajdona ruháztatott, és hogy ugyanilyen és ugyanennyi dolog visszaadására kötelezte magát. Ez alól is lehető volt kivétel, pl. nem a tulajdonos vagy az átruházásra képtelen tulajdonos, teszem a pupillus a gyám auctoritása nélkül, adta át a dolgot. Ilyenkor kölcsön nem jön létre, de a jog a visszakövetelést mégis lehetővé tette. Ha t. i. az adós, a ki pénzt kapott, ezt bona fide consumálta, a mi által tudvalevőleg tulajdonát megszerezte. Ily módon is eléretett a kölcsön célja, mert az adós az átadott dolog tulajdonosa lett, és ezért az idegen pénz kölcsönadója a pénz visszakövetelésére keresetet is nyert, a condictio de bene depensis-t. Ha a kölcsön ily esetben más okból nem jött létre, a consumált pénz csak condictio sine causával volt visszakövetelhető. Ugyancsak lehetővé tette a jog az átadott dolog visszakövetelését akkor is, ha a kölcsön azért nem jött létre, mert az adós a hasonló minőségű és mennyiségű dolog visszaadására nem kötelezte magát, pl. tévedésből másnak kötelezte magát. Ily esetben a hitelező condictio causa data, causa non secutával követelheti vissza a dolgot, mert ő abból a célból adta, hogy az átvevő magát kötelezze, ez pedig el nem éretett. A condictio causa data causa non secutá ebben az esetben condictio Iuventiana-nak hívják az újabbak, mert az erre vonatkozó digestahely Iuventius Celsustól való. (L. 32. D. 12, 1.)

A mutuum tényállásának lényeges pontjaként mindvégig megmaradt, hogy az átadás az adós érdekében történjen. Ebben különbözik a vele tényállásilag különben egészen egyenlő depositum irregulare-tól, a mely a hitelező érdekében megy végbe. Ott is átadatik a dolog az adós tulajdonába, és ott is csak hasonló minőségű és mennyiségű dolog visszaadására van kötelezve, csak hogy ott a hitelező a maga érdekében adja át a dolgot. Néha azonban a mutuum a depositum irregulare-tól nehezen különböztethető meg. Pl. igen vitás a takarékpénztári betétügylet. Vajjon mutuum-e az, vagy depositum irregulare? Ha a pénzemet a takarékpénztárba teszem, ez mindkettőnk érdekében történik. Az én érdekemben, mert a takarékpénztár megőrzi, az ő érdekében, mert értékesítheti. Helyesebb mégis mutuumnak felfogni, mert a takarékpénztár kamatot is fizet a betétért, a mi a depositum irregularenél nem szokásos.

A mutuum a római jog egyik legrégibb ügylete. Eredeti formája a nexum volt. A pénzt öt tanú és a libripens jelenlétében a hitelező az adósnak a mérlegen lemérte bizonyos szavak (damnas esto) kíséretében, a melyekkel az adóst ítélet nélkül végrehajthatólag kötelezte a visszaadásra. Ha tehát az adós nem fizetett, hitelező egyszerűen manus iniectióval élhetett. A vert pénz behozatalával a lemérés csak színleg történt, a hitelező t. i. a mérleget csak megütötte a raudusculummal. A nexum egészen a lex Poeteliáig tartotta magát. Később már más formában is adatott kölcsön, a mely azután legis actio sacramento in personam volt perelhető. Mint hogy ez azonban igen körülményes volt, a mennyiben a feleknek kétszer kellett a praetor előtt megjelenniök, még pedig 30 napi időközben, azután a fogadási összeg is strikt lévén (50 vagy 500-as) igen aránytalan volt, és végül fogadási összeget sem a felek kapták, hanem sacramentalis czélokra fordítottatott, ezért a lex Silia a pénzkölcsönre (certa pecunia) más eljárást hozott be; a felek csak egyszer jelennek meg a praetor előtt, a fogadási összeg a tartozással arányba hozatott, t. i. annak harmadára rúgott (sponsio tertiae partis) és végül ezt a nyertes fél kapta. Ez az új eljárás volt a legis actio per conductionem. A lex Calpurnia ezt kiterjesztette más certa resre menő kölcsönre is, különösen gabonára, innen neve condictio triticaria. Ennél azonban a sponsio tertiae partis elmaradt. Ezekből fejlődött már most a mutuum és lett realis contractussá. Régi természetéből azonban megmaradt, hogy csak certa resre mehetett, vagyis stricti iuris obligatio maradt. Az adós a dolog átadásakor bár nem ugyanannak a visszaadására kötelezte magát, hanem ugyanannyit és ugyanolyat ígért, de hogy mennyit fog visszaadni, az ab ovo meg volt határozva, azon se mora, se culpa nem változtatott. Ezért a kölcsönnel együtt kamat sem volt kiköthető, az külön kötelem, az usurarum stipulatio tárgya volt. Ma persze a mutuum is bonae fidei jogügylet és így kamat is kiköthető mellette pactum adiectum formájában. A mutuum stricti

iuris lévén, a neki megfelelő kereset neve *condictio* volt, a mi valószínűleg a régi eljárás nevének maradványa. (*Condictio*ja a szerződések között csak még a stipulationak volt, mint szintén *stricti iuris* szerződésnek.)

A *mutuum* a római jogban *realis* szerződés, csak *re contrahitur*. De szerződés lévén, megkívánja a felek *consensus*át. Ha a felek közt *consensus* nincs, *mutuum* sem jön létre. Így ha A. nekem 100 frtot hoz, és én azt hiszem, hogy ő azt a B. képviselőjében hozza, holott ő azt a maga nevében hozza, vagy ha azt hiszem, hogy ő B. Vagy A. átad nekem 100 frtot kölcsönbe, én meg ajándéknak nézem. Mindezekben az esetekben *mutuum* nincs, de azért a 100 frt tulajdonát megszerzem, mert *traditio* történt, a mi pedig *abstract* szerződés. Csakhogy én ilyenkor a tulajdont nem *ex mutuo* szerzem, hanem *sine causa*. Az tehát tőlem vissza lesz követelhető *condictio causa data causa non secuta*val (*condictio Iuventiana*).

A pénzkölcsönre vonatkozó különös intézkedések:

1. A *Sc. Macedonianum*. *Vespasianus* császár alatt keletkezett ez a *Sc.*, a melynek értelmében a *paterfamilias* beleegyezése nélkül a *filiusfamilias*nak adott pénzkölcsön a *filiusfamilias* *exceptio*jával megtámadható. Az *exceptio Sc. Macedoniani*val visszautasított felperesnek csak *naturalis obligatio*ja marad. Más tárgyú kölcsönre a *Sc.* csak akkor vonatkozik, ha *in fraudem legis* kötött. (*Si fraus sit senatus consulto adhibita* l. 7. §. 3. D. 14. 6.). Bizonyos esetekben azonban ezzel az *exceptió*val sem a *filius*, sem a *paterfamilias* nem élhet. Így, ha a kölcsön a *paterfamilias* előnyére kötött, és ő is használta fel, vagy ha a kölcsöntadó a *filiusfamilias*t menthető tévedésből *sui iuris*nek hitte, továbbá, ha a kölcsöntadó kiskorú és az adós a kölcsönből gazdagodott, azután ha a kölcsön a *filiusfamilias* elsőrendű szükségletének fedezésére szolgált, végül ha a *filiusfamilias* a kölcsön kötés idején katona volt. Érvényes továbbá a kölcsön akkor is, ha a *filiusfamilias*nak *peculium castrense* vagy *quasi castrense*je van, de csak ennek erejéig. A *filiusfamilias* a megtámadásról le is mondhat, de csak ha *sui iuris*sá lesz.

2. *Querela (exceptio) non numeratae pecuniae*. A hitelezőnek joga érvényesítésekor azt kell bizonyítania, hogy a pénzt adósnak átadta és hogy az adós ugyanannyi visszaadására magát kötelezte. Ennek megkönnyítésére a hitelező az adóstól rendesen *elismervényt*, *adóslevelet* (*chirographum*) kért. Csakhogy gyakran megtörtént, hogy az adós az *adóslevelet* már előbb adta a hitelezőnek, mielőtt még a kölcsönösszeget, a valutát megkapta volna. Ezzel a hitelező visszélhetett, a mennyiben az *adóslevél* alapján perelt, holott az azt kiállító pusztán reménységnél többet nem kapott. Ennek megakadályozására császári *constitutio*k azt rendelék, hogy ha felperes ily *adóslevél* alapján perel, az adós *exceptio non numeratae pecuniae*vel élhessen, vagyis egyszerűen kijelenti a perben,

hogy bár adóslevelet adott, kölcsönösszeget, valutát nem kapott. Ennek az ellenvetésnek, a mely voltakép a kölcsön tagadása, azután az volt a hatása, hogy a hitelezőnek más úton-módon kellett a kölcsön megtörténtét, a valuta átadását bizonyítania. Ezzel a tagadással azonban az adóslevél kibocsátója a kibocsátás után csak öt évig élhetett, azontúl az adóslevél teljes bizonyító erejű. Az öt év után a kölcsön megtörténte mellett praesumptio iuris et de iure harczolt. Az öt éven belül azonban az adós nemcsak per esetén tehette hatálytalanná az elismervényt, nem kellett bevárnia, hogy a hitelező pereljen, ő maga is initiálhatta a hatálytalanítást vagy a hitelezőhöz intézett vagy bíróság előtt kijelentett protestatióval. Sőt ez alatt az idő alatt condictio sine causaval vissza is követelhetette adóslevelét. Ezekről a jogeszközökről, melyeknek együttvéve querela non numeratae pecuniae a neve, le sem is mondhatott másképen, csak ha a valuta felvételét elismerte. Nem élhetett velök azonban akkor, ha hatóság előtt vagy úgy állította ki az adóslevelet, hogy abban a valutának a kiállítás előtti megkapását ismerte el. Ha a hitelező adós-ilyetén protestatiójakor más bizonyító eszközökkel tudta igazolni a kölcsön megtörténtét, akkor az adós a kétszeresre marasztaltatott. Ez utóbbi intézkedés már Iustinianustól való, a ki még annyiban is módosított az eddigi renden, hogy a kölcsönkötelezvény megtámadhatását öt helyett két évben állapította meg. Ez után a két év után adósnek nemcsak hogy a tagadás, de még az ellenbizonyítás sincs megengedve. Innen van, hogy Iustinianus az ilyen kölcsönkötelezvényt egyenesen litteralis contractusnak nevezi (Iust. III. 21.).

Ez a kölcsönkötelezvény, a mint a corpus iuris szabályozza, rendkívül anomalis valami. Két (régebben öt) évig semmit sem bizonyít, azután meg már nem is bizonyítási eszköz, hanem jogalap. Ezt a „mysterium iuris“-t, a hogy Köster nevezi, vagy Ludwig elnevezésével ezt a „kaland“-ot a praxis aztán rectificálta. Ez utóbbi révén, a mi jogunkba is belekerült valami. A perrendtartás 167. és 168. §-ai szerint a kölcsönkötelezvény, ha két tanu aláírásával el van látva, teljes bizonyító erejű. A mi tehát Iustinianusnál a két év, az nálunk a két tanú.

Rómában a mutuumot máskép is meg szokták volt erősíteni. A megtörtént kölcsön után, azért is, hogy a kamatokat is bele lehessen vonni az ügyletbe, stipulatiót kötöttek, a melynek megtörténtével szintén írást vettek fel. Ilyenkor a hitelező ex stipulatu perelt, felhasználva természetesen bizonyítékul ezt az írást. Csakhogy ezzel szemben nem volt elég alperes tagadása, hogy nem kapott valutát, ilyenkor valóságos exceptióval kellett élnie, úgy hogy nem a hitelezőnek kellett a kölcsön megtörténtét, hanem adósnek annak meg nem történtét bizonyítania. Ez az exceptio doli volt igazán (bár nem nevezték annak) exceptio non numeratae pecuniae, mert az, a mit a rómaiak annak nevezték, nem exceptio, hanem negatio.

A kölcsönkötelezvényhez hasonlóan szabályozta Iustinianus a hitelező nyugtáját is. Ez is csak bizonyos idő, t. i. 30 nap múlva volt teljes bizonyító erejű, 30 napon belül *exceptio non solutae pecuniae*vel (Iustinianus ezt is *non numeratae*-nek nevezi) meg volt dönthető.

3. A pénzkölcsön perlése esetén az adós a valutának $\frac{1}{8}$ részével többre marasztaltatott el a *sponsio tertiae partis* alapján. Iustinianus ezt megszüntette.

4. A pénzkölcsön perlésére külön actio szolgált: a *condictio certi*, *actio certae pecuniae creditae*.

Minden egyéb kölcsön perlése a *condictio triticaria*-val történt. Az újabbak mindkettőt egy néven *condictio ex mutuo*-nak nevezik.

Minthogy az adós az átadott dolgok tulajdonosa lett, őt éri a *casus* is, kivéve a *foenus nauticum*nál, melyről már szó volt.

146. §. A haszonkölcsön.

A *haszonkölcsön* (*commodatum*) a római jogban *realis contractus*, ma *consensualis* is lehet (*pactum de commodando*). Tényállása az, hogy a hitelező az adósnak ingyen használatra, birlalatába ad dolgot vagy dolgokat azzal, hogy az adós ugyanazt a dolgot adja vissza. Ez a dolog lehet *nec fungibilis*, de lehet *fungibilis* is. Odaadhatom megszorult és apját váró diáktársamnak az én tizesemet azzal, hogy az apa elutazása után ugyanazt adja vissza. A források tesznek említést *fungibilis* dolgoknak ad *pompam* vel ad *ostentationem* adásáról.

Az adós a dolgot ingyenesen kapja, ebben különbözik a *commodatum* a *locatio conductio rei*-től, a dologbérszerződéstől, a hol a használatért bér jár; kapja a dolgot *birlalatba*, ebben különbözik a *mutuum*tól, a hol tulajdont, a *precarium*tól, hol birtokot nyer; a dolgot használatra kapja, tehát a szerződés az ő érdekében köttetik, a mi megint a *depositum*tól választja el; végül a használatban csak kötelmi jogilag, tehát csak a használatba adóval szemben van védve, a mi az *ususfructus*, *usus* és *habitationis*tól különbözteti meg.

A *commodatum* tényállása gyakran egészen más jogviszonyoknál is előfordul. Én A.-tól néhány fuvar gabonát veszek és kikötöm, hogy a zsákokat egy ideig nálam hagyja. Az, hogy a zsák ellenérték nélkül nálam maradhasson, magában véve *commodatum* volna, itt azonban csak *pactum adiectum* az *emptio venditio* mellett, úgy hogy A. a zsákokat nem az *actio commodativa*l fogja visszakövetelhetni, hanem az *actio emptiva*l. Ez a példa is mutatja, hogy az életben a szerződések nem kizárólag a *typus* szerint köttetnek, hanem hogy azokba gyakran más szerződésbeli elemek is belevonatnak. A kávéházban kávéát rendelek, ez adásvétel, de a kávé tartozik azt nekem elhozni, engem kiszolgálni, a mi magában bérszerződés, itt azonban az adásvételbe beleolvad. Valamely ügyben ügyvédet fogadok — ez

locatio conductio operis — hogy peremet vihesse, átadom neki az actákat, magában véve depositum, itt azonban csak része a locatio conductiónak. Az ilyen befoglalt, alárendelt részviszonyok nem bírálандók el külön, ezek a főszerződéssel egy szempont alá esnek.

Az önálló commodatum joghatása az, hogy a commodatarius ugyanazt a dolgot cum omni causa megállapított idő után sértetlenül visszahozni köteles. Az időt meg lehet állapítani expressis verbis, vagy pedig maga a cél adja meg. Ha 3 kötetes regényt adok olvasásra kölcsön (a köznyelv a haszonkölcsönt is csak kölcsönnek nevezi), azt 10 percz múlva vissza nem követelhetem. Már a mutuumnál quod sine die debetur, statim debetur. A commodatum, mint a mutuumon és stipulation kívül minden contractus, bonae fidei. Hogy ez mit jelent, arról már gyakrabban volt szó. Az adós a dolgot vissza tartozik adni, akár a commodansé, akár nem. Commodatumba tehát idegen dolog is adható. Már mutuumba nem, mert ott a tulajdont kell átruházni, azt pedig csak a tulajdonos teheti. Nem adható azonban commodatumba a commodatarius, az adós, dolga. Nemo rem suam deposito, commodato accipere potest. (Néha azonban ilyen kivételes tényállás is képzelhető. Az órámat zálogba adom B.-nek, a ki azt nekem bizonyos időre használatba adja.) Az adós, a commodatarius, mint az újabbak nevezik, a dolgot sértetlenül köteles visszaadni. Ha másra használta, mint a mire kapta, akkor furtum usust követ el, és így casusért is felel (fur semper in mora est). Különben csak culpa levisért felel, a melynek mértéke a bonus paterfamilias diligentiaja. Ily foku custodiával is tartozik, de nem a Baron-féle tágabb custodiával, mint azt ő tévesen állítja. A felelősség foka csökken, ha a commodatum, a használatbaadás a commodans érdekében van. Pl. lakásomon barátaimmal dilettans színi előadást tartok és e célból kölcsönadom nekik az én jelmezeimet. Vagy a források példája: a menyasszonyomnak könyvet adok kölcsön, hogy művelődjön. Ily esetekben a commodatarius csak culpa lataért felel. A hitelező, a commodans, mindezeket az itt felsorolt szolgáltatásokat a commodatariustól actio commodati directa-val követelheti. Ezzel szemben az adósnak is lehet igénye a hitelezővel szemben. A használatba adott dolog folyó kiadásait ugyanis a commodatarius tartozik ugyan viselni, de a különleges kiadásokat és a hitelező dolusa vagy culpa lataja okozta károk megtérítését a hitelezőtől követelheti. Erre a célra a hitelező keresetével szemben exceptiója van, sőt, ha esetleg a dolgot már kiadta, külön actiót is nyer, az ú. n. actio commodati contrariát. Pl. a használatra adott ló abrakolását nem, de az esetleges állatorvosi költségek, vagy a ló okozta és a commodans dolusából vagy culpa latájából folyó károkat, pl. hogy többi lova is beteg lett, a commodans ezzel a keresettel veheti meg.

Precarium. A commodatumhoz hasonló intézmény. Voltaképen stricto nem is lehet hasonlónak mondani, mert a római jogban köz-

tük nincs is érintkezés. A precarium csak tényleges viszony, a melyből egyik félre sem háramlik sem jog, sem kötelezettség. Historiai eredete az, hogy a patronusok a maguk clienseiknek az ager publicuson birt részeit tényleges használatul ingyenesen átengedték a nélkül, hogy azért a cliensek erre tulajdont szereztek volna, úgy hogy tőlük a patronus bármely pillanatban visszavehette. A precarium a római jog szerint nem nyugodott szerződésen, sőt ha az ingyenesen átengedett föld vagy más dolog visszaadására szerződést kötöttek, már nem precariummal volt dolguk. A precarium adója nem volt kötelezve a dolgot a másiknál hagyni, bármikor visszakérhette, sőt erről a jogáról le sem mondhatott, de másrészt a precaristát, a precarium kapóját sem terhelte semmiféle kötelezettség. Lassanként ez a viszony jogi szabályozást nyert. A precarium adója a precarista ellen, ha a dolgot rögtön ki nem adta, *interdictum de precario* nyert, a mely birtokinterdictum ugyan, de ellene az *exceptio iusti dominii* emelhető, vagyis alperes azzal védekezhett, hogy ő a dolog tulajdonosa. Felperes ebben a maga igényét arra a tényre alapította, hogy alperes precario ab illo habere, vagy hogy dolose rongálja a dolgot. Később még szigorították a precarista felelősségét. Már nemcsak dolusért, hanem culpa lataért is felelőssé tették, sőt a *litis contestatio*tól fogva a casus is őt érte és a visszaadásra már *condictio sine causá*val volt szorítható. A későbbi compilatio a precariumot a *realis innominat contractus*ok közé sorozta két interpolált hely alapján és a *precario dānsnā actio praescriptis verbis* adott. Ez azonban kiforgatása az eredeti római viszonyoknak, a melyben adóst külön szerződéses kötelezettség nem terhelte. A precarista a római jogban birtokot nyert. A precarium tehát eredetileg az a tényleges viszony, hogy A. birtokba és használatra ad B.-nek valamely dolgot, a nélkül, hogy akár magát, akár B.-t ezzel valamire kötelezné. Ily értelemben ma már precarium nincsen. Ma is adunk ugyan dolgot használatra, úgy, hogy kikötjük magunknak, hogy bármikor visszavehetjük, de ma ily esetben is kötelezzük alperest a dolgot cum omni causa visszaadni, feleltetjük culpa levisért stb. stb., úgy hogy ma ez is commodatum. Mert az, hogy a dolog bármikori visszavonhatását fentartjuk, még nem elég alap ahhoz, hogy ezt külön intézménynek fogjuk föl.

147. §. A letét.

A *letét* (*depositum*) a commodatumtól csak abban különbözik, hogy nem az adós, hanem a hitelező érdekében történik. A letét tehát *realis contractus*, a melynek tényállása az, hogy a hitelező az adósnak birtokba eltevés végett ad dolgot vagy dolgokat azzal, hogy ez neki ugyanezeket a dolgokat adja majdan vissza. Az átadott dolog lehet fungibilis is, nec fungibilis is. Ebben különbözik úgy a depositum, mint a commodatum a mutuumtól, a melynek

tárgya csak fungibilis lehet. De míg a commodatumnál a dolog akár ingó, akár ingatlan lehet, addig a depositumnál csak ingó. A depositum voltaképen felesleges intézmény, mert célja ugyanaz, mint a mandatumé. Csakhogy, ha a dolognak megőrzés céljából való adása mindig mandatum volna, a letéteményes (depositarius), a kihez a dolgot letesszük, nem igen vállalná magára ezt a terhet. Mert a mandatum szerint culpa levisért is felelne. Már pedig arra, hogy valaki az én dolgomat egy ideig magánál tartsa, gyakran nagy szükség van, pl. kigyulad a házam, a butoraimat sürgősen máshoz kell vinnem (depositum miserabile). Épen ezért ott, a hol csak helyet kérek a másiktól a dolgom számára, ennek a másiknak helyzetét meg kell könnyíteni, hogy a dolgom átvételére hajlandó legyen. Ezért erre külön intézmény jött létre, a depositum, a melynél a letéteményes csak culpa lataért felel. A letét tényállása a mandatumétól csak abban különbözik, hogy míg csak pusztá helyátengedést kérek, letéttel van dolgunk, de már ha a dolog megőrzését, ápolását stb. bízom a másakra, az mandatum. A római jogban a kettő még abban is különbözött, hogy a mandatum consensualis contractus volt. Ma már ez a különbség persze elesik. Mikor a másik az én dolgomnak a maga helyét átengedi, az úgy is fogható fel, hogy ő a hitelező, a ki a hely használatát engedi át, vagyis commodatum locinak. Csakhogy ekkor ő volna az, a ki a helyet tőlem megvonhatná, holott a letét célja az, hogy a letevőtől függjön, hogy a kitűzött határidőn belül mikor kérje vissza a dolgot. Aztán meg a keresetek hatásában is volna különbség. Ép úgy, mint a hogy commodatum loci, úgy precarium loci is képzelhető. Ilyen az, ha az optikus vagy könyvkereskedő a kirakatában valami fényképnek helyet enged, de úgy, hogy azt bármikor ismét elvehesse. A depositum ingyenes. Ha a dolgomat pénzért helyezem el valakinél, az nem depositum, hanem locatio conductio rei, t. i. ő adja bérbe a maga helyét. Ha nem pénzért, hanem másért teszi ezt, innominat contractussal van dolgunk, facio ut des.

A depositarius a letett dolognak csak birtalója, a birtokos illetve tulajdonos, ha az volt, a letevő marad. Már ezért se szabad a helyátengedést mindig commodatumnak venni, mert akkor az átengedett hely birtalatát a deponens nyerné, a mi pedig nincs ügy.) A letét joghatása kifejezést nyer az *actio depositi directa* és *contraria*ban.

Az actio depositi directát a letevő indíthatja a letéteményes ellen. Ezzel a dolgot cum omni causa követelheti vissza. Adós csak culpa lataért felel, culpa levisért nem, kivéve, ha morába esik, a mivel egyenrangú, ha a dolgot jogtalanul használja, mert ekkor furtum usust követel. Ekkor casusért is felel. Culpa levisért felel azonban akkor is, ha maga ajánlkozott, továbbá, ha a letét kivételesen az ő érdekében van, pl. deponálom nála a fali órát azzal, hogy ő is használhatja. A dolgot ott tartozik visszaadni, a hol sine

dolo van, tehát az őrizet helyén. Ez az *actio depositi directa* a római jogban különös kedvezményekkel volt felruházva. Ha a *depositarius* csődbe jut, a *deponens*nek *privilegium exigendi*e volt. Ez a mi csődtörvényünkben nincs elfogadva, szükségtelen is, hisz a letevő mint tulajdonos is követelheti vissza a dologát. Az *actio depositi directa famosa actio* volt, alapján elmarasztaltatni infamiával járt. *Depositum miserabilienél in dupplum* ment. Mindezeknél azonban fontosabb, hogy vele szemben *alperes*, a *depositarius* sem *compensatio*val sem *retentio*val nem élhet, illetve *ellene* az *exceptio doli*t nem emelheti. A *depositarius*nak a maga igénye érvényesítésére csak egy eszköze van: a *contraria actio*. Ezért a *depositi contraria actio* sokkal fontosabb, mint a *commodati contraria*. Nemcsak azért, mert egyedüli eszköze a letéteményesnek, hanem azért is, mert vele a hitelezőnek nemcsak *dolusa* és *culpa* latája, hanem *culpa levis* okozta kárát is követelheti, hisz a viszony a hitelező érdekében van. Továbbá a hitelező nemcsak a rendkívüli, hanem a rendes kiadásokat is köteles megtéríteni.

A *depositum* különös fajtái:

1. **A *depositum irregulare*.** Az *irregulare depositum* abban különbözik a rendestől, hogy a *restitutio in genere* történik. A *depositarius*nak nem ugyanazt a dolgot, hanem csak ugyanannyit és ugyanolyan kell megtérítenie. A *depositum irregulare* generikus obligatiót szül. Constructiójára vonatkozólag kétféle elmélet lehető. Az egyik szerint a letevő a dolgot, mint *depositum regularet* teszi le, csak abban van a különbség, hogy a másik jogosítva van, ha neki úgy tetszik, a neki odaadott dolog helyett ugyanolyan fajta másikat adni. Erre ő jogosítva van, de ha nem él vele, közönséges marad a *depositum* mindvégig. Ha tehát a dolog *casus* vagy *culpa levis* folytán tönkre megy, ezen felfogás szerint a *depositarius* nem felel. A másik, helyes felfogás szerint, a *depositum irregularenál* a dolgot kezdettől fogva tulajdonába nyeri a generikus *restitutio* kötelmével. Ha tehát a dolog *culpa levis* vagy *casus* folytán tönkremegy, ő felelni fog, mert *genus nunquam perire censetur*. A *depositum irregulare* tárgya csak helyettesíthető dolog lehet, de a helyettesíthető dolognak nem minden letevése *irregulare depositum*, lehet *regulare* is, sőt az lesz, hacsak az ellenkező kikötve nincs. Pusztán egy esetben jó létre a *depositum* kifejezett szándék nélkül *irregulariter*, ha t. i. el nem ragasztott borítékban pénzt tesz le. Ilyenkör a generikus *restitutio* hallgatólag tekintetik kikötve. Az *irregulare depositum* tényállása, eltekintve attól, hogy kinek érdekében jött létre a *contractus*, azonos a *mutuummal*. Ép ezért Endemann azt állítja, hogy ma a kettő közt már nincs is különbség. Ez téves. Mert a joghatás szempontjából számos különbség van, a melyek közül némelyik ma is fennáll. Így a *mutuum*nál kamat csak külön *stipulatio*ban volt kiköthető, ennél meg a szerződéssel együtt. (A letéti kamat kisebb szokott lenni, mint a kölcsöné. Külföldön a letéti

kamat 2—3%, úgy hogy ha rendes 4%-et fizet az átvevő, az már nem depositum, hanem mutuum. Ezért vettük a takarékpénztári letétügyletet kölcsönnek. A kölcsön és letét közti különbséget így leginkább a kamat hozza kifejezésre, nem pedig, mint némelyek mondják, hogy ki kínálkozik az ügyletre.). A mutuum stricti iuris, a depositum vir bonae fidei contractus, utóbbi keresete még diffamáló is. A condictio mutui-vel szemben helye van az exceptio doli-nak, a depositi directával szemben nincs, tehát sem retentionnak, sem compensationnak nincs helye. A SC. Macedonianum sem áll a depositum irregularenál, úgyszintén a querela non numeratae pecuniae sem nyer alkalmazást. És míg a kölcsönadó csak dolusért felel, addig a deponens még culpa levisért is.

2. A sequestratio. Sokan ezt is csak a depositum egy esetének veszik. A tényállás az, hogy oly dolog tétetik le, melynek jogi sorsa ez idő szerint még ismeretlen, többen maguknak vindikálják és a letéteményes arra kötelezi magát, hogy annak fogja a dolgot kiadni, a kit vagy a felek, vagy a bíró, vagy más meghatározott személy fog megjelölni. Erről már az általános részben is volt szó (142. o.). Ez a rendes letétől abban is különbözik, hogy sequester nemcsak birlaló, hanem birtokos is, a minek az a magyarázata, hogy a felek ép azért teszik le a dolgot, hogy a vita eldől-téig egyik se legyen birtokos. A dolog visszakövetelésére az actio depositi directae sequestraria szolgál.

A letevés, a megőrzés és ápolás, gondozás kötelezettségével is járhat, a mikor is a sequestratio nem depositum, hanem mandatum lesz, ha pedig bérért történik, locatio conductio reivel lesz dolgunk. Ily esetben a megfelelő visszakövetelési keresetek az actio mandati directae sequestraria, illetve actio locati sequestraria lesz. A sequester és a dolgot elnyerő félnek egymás iránti felelőssége és igénye ennek megfelelően persze szintén módosulni fognak.

148. §. A zálogszerződés.

A zálog, pignus kétféle jogviszony. Mint dologbeli jog a zálogjogot jelenti. De pignus jelenti a contractus pignoratiticiust is, a mely realis szerződés. Tényállása az, hogy A. B.-nek, kinek valami követelése van, átad dolgot, vagy dolgokat, ennek a követelésnek a biztosítására azzal, hogy B. ezt a dolgot visszaadja A.-nak, ha és mikor a követelés ki lesz elégítve. B. tehát a biztosított követelés hitelezője, de A. nem okvetlenül adósa. A contractus pignoratiticiust nemcsak az adós kötheti, más is adhat zálogot valamely követelés biztosítására, nemcsak az adós. A zálogadásból, mint már kifejtettük (305. l.), nemcsak dologi, hanem kötelmi jog is kifejlődik, a melyben a biztosítandó követelés és a dologi zálogjog hitelezője adóssá lesz. Ez a kötelmi zálogjog tudvalevőleg abból áll, hogy a záloghitelezőt, a kötelmi zálogjog adósát, a dolog visszaadására kötelezi,

ha a záloggal biztosított követelése kielégítettik. A kötelmi zálogjogból folyó restitutionalis követelés nem feltétlen, mint a többi contractusból eredők, a melyek legfeljebb időhöz kötöttek, ez feltételes már természeténél fogva. Zálogba bármilyen dolog adható, nemcsak a tulajdonunkban lévő dolog (ilyenkor azonban dologi zálogjog nem jön létre, csak kötelmi), de nem adható a záloghitelezőnek a dolga: neque pignus, neque depositum . . . rei suae consistere potest. A záloghitelező (a kötelmi zálogjog adója) a dolog birtokosa, de a zálogbaadó beleegyezése nélkül nem használhatja, mert különben furtum usust követ el.

A zálogbirtokos kötelezettsége, a mely *actio pigneraticia in personam directa*-val kényszeríthető ki a következő: A biztosított követelés teljesítése esetén a dolgot cum omni causa köteles visszaadni (hacsak ugyanazon adós ellen más követelése nincs), ha a követelés nem teljesítettik és ő a zálogtárgyat eladja, a superfluumot köteles visszaadni, a zálogtárgyat megőrizni tartozik és culpa levisért is felel. Ezzel szemben van neki retentionalis joga és *actio pigneraticia in personam contraria*-ja a dologra fordított szükséges kiadások és azon kár fejében, melyet a zálogbaadó dolusa, culpa latája, vagy culpa levisé okozott.

A kötelmi zálogjog különös faja a *contractus pigneraticius irregularis*, vagy *pignus irregulare*. Ez abban különbözik a rendes pignustól, hogy a zálog megkapója nem ugyanazt a dolgot köteles visszaadni, hanem csak ugyanannyit és ugyanolyat, vagyis nem obligatio specifica, hanem generika. Ily módon persze csak res fungibilis adható, a zálog kapója tulajdont nyer és a genus nunquam perire censetur elvénél fogva a casus is őt éri. Ez utóbbi tekintetben előnyösebb a zálogbaadóra nézve a rendes pignusnál, bár megint abban, hogy a tulajdont elveszti és a dolgot csak kötelmi keresettel követelheti, hátrányosabb. A zálogot kapó, a mint mondtuk, a dolog tulajdonosává lesz és így a zálogjognál erősebb jogot nyer. Ez elvezet ahhoz a kérdéshez, hogy az ilyen pignus irregularet, különösen a pénz zálogba adását, hogy kell megconstruálni? Ha a dologi és kötelmi zálogjog külön tartandóságát szem elől nem tévesztjük, erre a kérdésre igen könnyen megtaláljuk a felelet. Ilyen irregularis pignusnál létrejön a visszaadási kötelezettség, a kötelmi zálogjog, de nem jön létre a dologi, mert a tulajdonosnak a maga dolgán zálogjoga nem lehet.

149. §. A megbízás.

A *megbízás, mandatum*, már a római jogban is *consensualis contractus* volt, vagyis a nudus consensus perfectté tette. Tényállása az, hogy A. (a mandatarius) magát B.-vel (a mandans) szemben előre kikötött bér nélkül valamely idegen ügy ellátására kötelezi. A mandatum kétoldalú szerződés, mert mint látni fogjuk, a mandanst is

terheli kötelezettség, de azért nem visszterhes, mert a mandansnak ez a szolgáltatása nem viszontszolgáltatás. Idegen ügy ellátása más kötelem tárgya is lehet, így a bérszerződésé, csak hogy itt nem ingyen, hanem bérért történik, továbbá a negotiorum gestio, csak hogy itt az idegen ügy ellátása nem szerződésből folyik. Előfordul az idegen ügynek ellátása mint accessorius kikötés is, pl. ha a virágkereskedőt felkérem, hogy a megvett virágot valahová küldje. Ilyenkor azonban, ha ő az elvállalt elküldést nem teljesíti, nem megbízás alapján fogok perelni, hanem a vele kötött adásvétel alapján.

A megbízásban kikötött szolgáltatás lehet jogi actus, de lehet valamely tényleges cselekmény is. Megkülönböztetendő szorosan a meg- vagy felhatalmazástól, iussus-tól. A mandatum, megbízás, szerződés A. és B. közt, intézve van A.-tól B.-hez, a ki a idegen ügy ellátására vállalkozik. A felhatalmazás A.-nak egyoldalú ügylete, ígérete, intézve B.-n, az ügylet elvállalóján kívül akárki máshoz, vagy néha mindenkire és tartalma az, hogy A. a meghatalmazó arra kötelezi magát, hogy a mit a meghatalmazott (B.) annak a bizonyos ügynek ellátásában tenni fog, azt a maga részéről előre is elismeri (l. 83—84. o.). A meghatalmazás kifelé szól, a megbízás befelé. Igen gyakori, hogy a kettő egyúttesen történik, de lehet az egyik a másik nélkül is. A gyám fel van hatalmazva, de nincs megbízva, a bizományos meg van bizva, de nincs felhatalmazva.

Ha én valakit megbízok valami cselekménnyel, ennek a cselekménnyel, vagy az én, vagy valami harmadik érdekében kell történnie, de nem lehet pusztán a megbízottnak az érdeke. A *mandatum tui gratia* nem mandatum, hanem csak tanács, consilium. Ha én a betegnek azt mondom, hogy hideg borogatást vegyen, az nem mandatum, hanem consilium. A consiliumból jogi kötelezettség nem származik, a tanácscsal ellátott és azt elfogadó nem köteles azt meg is fogadni. De ha megfogadta néha, viszontkövetelése támad a tanácsadóval szemben. Az ide tartozó esetek: a) ha dolose rossz tanácsot ad; b) ha hivatalánál fogva köteles tanácscsal szolgálni, ekkor még culpaért is felel; c) ha egyenesen szerződésileg elvállalja a felelősséget, tehát *periculo suo* adja a tanácsot (ú. n. *garantialis szerződés*). Ez utóbbinak lehet venni, hogy a vendégtől megkivánjuk, hogy kabátját az előszobában letegye. Ilyenkor tehát nem áll, hogy *nemo ex consilio obligatur*.

A mandatum elvállalása ingyenes, bért érte kikötni nem lehet, *mandatum nisi gratuitum nullum est*, de azt megengedték a rómaiak, hogy a *mandatarius* honorariumot kapjon, si *renumerandi gratia* honor intervenit, erit *mandati actio*.

A *mandatarius* kötelezettségei, melyek tőle *mandati actio directa*-val kényszeríthetők ki, a következők: a megbízást az adott instrukcióknak (ilyenkor *mandatum certum*-ról beszélünk), ilyenek hiányában (m. *incertum*) a megbízott teendő természetének, céljának meg-

felelősen, gondosan kell végrehajtania, felel omnis culpaért, a teljesítésről számot tartozik adni, a mit a mandatum folytán szerzett, át kell szolgáltatnia (traditio illetve cessio útján) a megbízó kezeihez, még pedig cum omni causa, a szerzett és a maga céljaira felhasznált pénzekért pedig ex lege kamattal tartozik. A megbízott, ha a megbízás természete úgy hozza magával, helyettest is használhat, a kiért, hacsak culpa in eligendo nem terheli, nem felel, de ha oly teendőkkal bizza meg a helyettest, a melyeket magának kellett volna véghez vinnie, akkor casusért is felel. Az actio mandati directa famosa actio, vagyis az ez alapon történt marasztalás infamissá tesz.

A mandans is köteleztetik a mandatum alapján az ú. n. *actio mandati contrariával* perelhetőleg. A mandatariusnak ugyanis, a mennyiben megbízásának határait túl nem lépte, következőkre van igénye: követelheti az összes bona fide tett kiadásokat és költségeket kamatostól, követelhet kártérítést a megbízó még culpa levise okozta kárért is, de casusért nem (ha én önt elküldöm és ön útközben elcsúszik és ruháját összeszakítja, nem tartozom önnek a kárt megtéríteni), és követelheti, hogy a megbízó mindazokat a kötelezettségeket átvállalja, a melyeket ő a megbízás körén belül elvállalt, végül követelheti az ígért honorariumot is (ezt azonban csak extraordinaria cognitióban).

A mandatum megszűnik nemcsak az elvállalt cselekmény véghezvitelével, hanem bármely részről történő felmondás által is. Ha azonban a másik fél a felmondás előtt már előkészületeket tett, akkor e kárának megtérítését követelheti. A mandatum bizalmi viszony, ezért in dubio bármely fél halálával megszűnik.

A rómaiak a mandatum formáját kiterjesztették oly esetekre is, a hol a mandatum tartalma nem ismétlődik, hanem csak inkább a formája forog fenn. Négy ilyen ügylet van:

1. **Mandatum ad agendum.** Erről már a cessionál szó volt. Lehetséges, hogy én valakit megbízok a követelésem behajtásával, ez valódi mandatum, olyan megbízás, mint a milyen ma pl. az ügyvédé. Ha ő ebben hanyagul jár el, élhetek ellene actio mandati directával. A mandatum agendi, vagy ad agendum más. Itt megbízok valakit, hogy hajtsa be az én követelésemet a maga számára. Ez tehát mandatum tui gratia, megbízom a saját érdekében. Itt megbízás voltaképpen nincs is, hanem csak meghatalmazás. Ebből aztán foly, hogy az rám nézve közönyös, él-e vele vagy sem, ép úgy, mint ma a cessionál közömbös a cedensnek, vajjon a cessionarius a cedált követelést érvényesíti-e vagy sem. A mandatum ad agendumból nem származik actio mandati directa, hisz a mandatum az ő érdekében áll fenn. Csakhogy a mandatum ad agendivel a követelés még nem száll át a felhatalmazottra, az csak a litis contestatióval (ma a denuntiációval) történik meg. Nekem tehát alkalmam van eddig a követelést magamnak behajtani, a miből neki

kára van. Ő neki ezért ellenem mandati actio contrariája van, úgy szintén akkor is, ha a behajtásra adott követelés fenn sem áll. Ha ő a követelést tőlem megvette, az actio mandati contrarián kívül actio emptiye is van ellenem, de a követelés adósától csak annyit perelhet be, a mennyit ő a követelésért adott (*lex Anastasiana*).

2. Felhasználták a mandatumot, mint *mandatum qualificatum* a kezesség céljaira. A hitelezési megbízás is lehet valóságos megbízás, ha t. i. a megbizotton, ha az elvállalt hitelezést nem teljesíti, káromat megvehetem. De ez nem *mandatum qualificatum*. Ennél A. B.-t csak alakilag bizza meg. Ő nem azt mondja B.-nek, hogy hitelezzél C.-nek, hanem így szól: ha hitelezél, és ebből valami károd lenne, én a felelősséget elvállalom. B. nincs kötelezve A. irányában, de A. kötelezve van B. irányában. Actio mandati contraria van, de nincs directa.

3. *Delegatio*. A delegatió nál mindig két mandatummal van dolgunk. Az egyiket a delegans a delegatusnak, a másikat ugyanő a delegatariusnak adja (ez utóbbi iussus is lehet és ezért nem valódi mandatum a stipulatio). Ehhez a két mandatumhoz hozzá kell járulnia harmadik ügyletnek, a delegatus és delegatarius közti stipulatió nak.

A delegatio célja kétféle lehet. Lehet, mint azt a cessionál és az adósságvállalásnál láttuk, már fennálló obligatio alanyainak megváltozása, még pedig vagy *delegatio nominis*, a hitelező személyének megváltozása, és ekkor a régi hitelező a delegans, az új a delegatarius, az adós pedig a delegatus, vagy *delegatio debiti*, az adós személyének változása, a mikor a régi adós a delegans, az új a delegatus és a hitelező a delegatarius. Mind a két esetben azonban már fennálló követelésről van szó, a delegatarius új követelést nyer ugyan, de tekintettel a régi követelésre. Ezért az ilyen alanyváltoztató delegatió nak neve *titulált delegatio*. Ezzel szemben áll az *abstract delegatio*, vagyis delegatio abból a célból, hogy tekintet nélkül valamely már meglevő követelésre jöjjön létre a a delegatarius és delegatus közt új követelés. Ez aztán lehet, hogy valamely régi követelés teljesítése gyanánt vagy helyett jön létre, tehát causa solutionis, vagy létrejöhet causa donationis. Én tartozom B.-nek lovat adni. Ennek teljesítése helyett megbízom C.-t, hogy B.-nek 100 frtot ígérjen, B.-t megbízom (vagy felhatalmazom), hogy C.-től magának 100 frtot ígértessen, e két megbízás, illetőleg a megbízás és felhatalmazás, folytán B. és C. 100 frtra stipulatiót kötnek. Történhetik ez a megbízás és felhatalmazás animo donandi is, de mindkét esetben úgy formailag, mint tartalmilag új követelés jön létre. Ellenben az alanyváltoztató titulált delegatió nál csak formailag új az a követelés, melyet a delegatarius stipulál a delegatustól, tartalmilag nem. A delegatarius azt kérdi a delegatustól: Quidquid tu Titio (a delegansnak) dare facere oportet, id mihi dare spondes-ne? illetve: Quidquid Titius mihi dare, facere oppor-

tet, id mihi spondes-ne? Az új kötelem tehát a régin alapul, és az újat megállapító stipulatio voltaképen incerta, és így actio incerti ex stipulatioval érvényesíthető.

A delegatio mindig a delegatarius érdekében jön létre, és ezért nem igazi mandatum a delegatio sem.

4. **Assignatio (utalvány).** Itt szintén két mandatummal van dolgunk, az egyik mandatum solvendi, a másik mandatum accipiendi. Ez utóbbi azonban nem kell, hogy mandatum legyen, lehet felhatalmazás is. A., az assignans (utalványozó) megbizsa adósát B.-t (assignatus), hogy fizessen C.-nak (utalványos, assignatarius), C.-t pedig megbizsa vagy felhatalmazza, hogy B.-től a fizetést a maga számára felvegye. Ez utóbbi felhatalmazásnak célja a legkülönbébb lehet. Lehet solvendi, donandi, obligandi stb. causa.

A mandatumnak e négy különleges alfaján kívül még néhány szerződés rokonul, így a kereskedelmi jogban a bizományi ügylet (Kommissionsgeschäft), a fuvarozási ügylet (Speditionsgeschäft), és így már a római jogban is a **bizományi szerződés (contractus aestimatorius)**. Ennek tényállása az, hogy A. B.-nek dolgokat ad át bizonyos meghatározott becsértékben azzal, hogy B. azokat eladja, és a mennyit elad, annyinak a meghatározott becsértékét tartozik megadni (tekintet nélkül arra, hogy mennyiért adta el a dolgot), az el nem adott dolgokat pedig természetben tartozik visszaadni. Ilyen szerződés ma különösen a könyvkereskedői bizomány. A római jog a contractus aestimatoriust, mint azt újabban nevezik, csak contractus innominatinak ismerte el, vagyis csak akkor jött létre, ha A. a dolgokat B.-nek tényleg átadta. A bizományos culpaért felel, casusért csak akkor, ha a szerződést ő kezdeményezte a maga nevében. A megbízónak a bizományos ellen actio praescriptis verbis-e van, melyet az újabbak actio aestimatoria-nak hívnak.

150. §. Megbízás nélküli ügyvitel.

A megbízás nélküli ügyvitel (negotium gestio) nem contractus, de a belőle előálló jogviszony úgy tényállása, mint joghatása tekintetében, a mandatumból előállóéhoz hasonlít. Tényállása a mandatuméval abban egyezik meg, hogy itt is, ott is valaki valamely jogi vagy tényleges actust visz véghez másnak érdekében, valaki idegen érdekében jár el. Csakhogy, míg a mandatumnál ez a valaki, ez a B. ezt teszi másnak A.-nak, rendszeren az érdekeltnek felkérésére, megbízására, addig itt saját jószántából teszi. Negotiorum gestio tehát ingyenes, tudatos, kötelezni szándékozó vitele idegen ügyeknek megbízás vagy más kötelezettségi alap nélkül.

Ait praetor: si quis negotia alterius gesserit: iudicium eo nomine dabo (fr. 3. pr. D. 3. 5.). A praetor ezzel elismerte az obligatiót olyankor, mikor én idegen munkát végzek, az érdekelt félnek az ú. n. dominusnak megbízása nélkül. Ő védelmet ad a

gestornak és e célból behozza az actio negotiorum gestorum contrariát, a dominusnak pedig megadja a directa actiót. De ha actio n. g. directa nem is volna, a dominus negotii akkor sem volna védtelen, azonban actio n. g. contraria nélkül a gestor megrövidülne. Elhetne ugyan condictio sine causával, gazdagodási keresettel, de ezzel nem a maga költségeit és kiadásait perelhetné, hanem csak annyit, a mennyivel a dominus a perlés idején még az ő negotii gestiója folytán gazdagodott. Ez tehát hiányos védelem, ezért hozta be a praetor a contraria n. g. actiót. Ezzel a gestor követelheti az összes-beruházásoknak és költségeknek kamatostúl való megtérítését, az elvállalt kötelek átvállalását, szóval, mindazt a vagyoni deterioratiót, a mely a gestio folytán előállott, tehát nemcsak a damnum emergens, hanem a lucrum cessans is. Gyámság alatt álló dominustól azonban csak a jelenlegi gazdagodást követelheti. Hogy azonban ezeket követelhesse, arra két feltétel van, subiectiv és obiectiv. A subiectiv az, hogy animo negotium alieno gerendi járjon el azzal a szándékkal és tudattal, hogy másnak ügyét viszi, és kell, hogy meglegyen benne az animus alterum obligandi, vagyis az a szándék, hogy az érdekeltet jogilag lekötöztetse. Ha valaki az én ügyemben jár ugyan el, de nem tudatosan vagy engem kötelezni akarólag, az nem negotiorum gestor. Nem az tehát az én dolgomnak jóhiszemű birtokosa, mert ő nem jár el tudatosan az én ügyemben, ő azt hiszi, hogy magának veti be a földet, de nem az a rosszhiszemű birtokos sem, mert ő is azt hiszi, hogy a beruházásokat ő fogja élvezni. Megtörtént eset, hogy egy asszony, a ki árva unokahugát nyolcz évig nevelte, mikor a lány férjhez ment, a vőlegény ellen kiadásai erejéig a negotiorum gestorum contrariát megindította. Alperes helyes védekezése az volt, hogy a nevelés nem azzal a célzattal történt, hogy a leendő férjet kötelezze, erről legalább felperes senkinek említést nem tett, feltehető tehát, hogy animo donandi kötelekezett a lányra. Ezen a kettős subiectiv elemén kívül azonban feltétele még a contraria actionak, az az obiectiv elem is, hogy a gestor tényleg a dominus érdekét képviselje, hogy az rá nézve hasznos legyen és főleg indokolható legyen. Ha tehát a dominus nincs megakadályozva a maga ügyében eljárni, senki se vesse fel magát. Azt persze, hogy a gestor a dominus érdekében járt-e el, nem szabad az eredmény szerint megítélni, hiszen lehet, hogy az eredmény negatív, azt úgy kell megítélni, vajjon arbitrio boni viri az ügybe avatkozás a dominus érdekében látszott-e lenni? Ezt úgy fejezik ki a források: opus utiliter coeptum etsi effectum non habuerit.

Ha úgy a subiectiv, mint az obiectiv elem fenforog, helye van a negotiorum gestorum actio contrariának. Ezzel szemben a negotiorum gestorum directa kisebb jelentőségű. Hogy a dominus ezzel az actióval élhessen, elegendő, hogy a gestor részéről akár a subiectiv, akár az obiectiv elem fenforogjon, még inkább persze

helye van, ha mind a kettő fenforog. A dominus ezzel az actióval követelheti, hogy az elvállalt ügyet gondosan lebonyolítsa és befejeztével számot adjon, hogy az ez ügyben szerzett tőkéket kamatostúl kiadja, sőt azokért a pénzekért, melyeket kamatozatlanul hevertetett, vagy a maga céljaira felhasznált, a kamatokat ő fizesse, továbbá hogy omnis culpát praestáljon. Ha azonban a gestor, az ügyvivő kényszerítve vállalta el az ügyet, ha t. i. az ő közbelépte nélkül a dominus illető jószága elpusztult volna, akkor csak culpa latáért felel. Ellenben casusért is felel, ha az ügyet a dominus egyenes tiltakozása ellen vállalta magára, továbbá, ha az ügy a dominus rendes tizletmenetébe nem vág (l. 10. D. 3. 5.), végül, ha az ügybe csak a maga előnyére avatkozott be.

Az actio n. g. contrariának különös esete az actio funeraria, a melyet az indíthat, a ki az arra kötelezett helyett valakit eltemettet. A temetésre kötelezettek: a ki ily modussal nyert hagyományt, azután az örökös, nőnél az, a kire a dos esik, az elhunyt paterfamiliasa és csak végül a férj. Már most ezektől ezzel a kerezzel a temetési költségek még akkor is követelhetők, ha az illetők a temetés ellen tiltakoztak, de az eltemetőnek arra mégis jó oka volt. Ezt a követelést különben a csődben privilegium exigendi illeti meg.

151. §. Adás-vétel.

Az adás-vétel (emptio-venditio) már a római jogban is consensualis visszterhes szerződés, melynek tényállása az, hogy az egyik fél (az eladó venditor) a másiknak (emptor, vevő) dolog átadására kötelezi magát pénzellenérték (ár) fejében. Az ügylet lényeges alkatrészei: az árúban és árban való megegyezés. Mibelyt ez megvan, az emptio venditio perfecta est és ettől a pillanattól fogva a veszély átmegy a vevőre, bár ezzel a dolog tulajdonát még meg nem szerezte. Ha tehát per casum ettől a pillanattól fogva az áruszolgáltatás lehetetlenné válik, az eladó szabadul kötelezettsége alól, de a vevő az árat mégis meg tartozik fizetni. Ezt jelenti az, hogy a vevő viseli a veszélyt. Voltaképen a bér szerződésnél is a bérlő viseli a veszélyt, ha t. i. a bérbeadott ház leég, a bérlő nem követelhet interestet, csak hogy bérösszeget sem köteles fizetni. Ha azt, hogy interesse a lehetetlenült szolgáltatásért nem követelhető, nevezzük a veszély viselésének, akkor az adás-vételnél a tételt úgy kell megformulálni, hogy a vevő nemcsak a veszélyt viseli, de még azonfelül a vétel-árat is köteles fizetni.

Az árú lehet először is testi dolog specificce meghatározva, tekintet nélkül arra, hogy vajjon az eladóé-e vagy sem. Én eladhatom érvényesen az x. lovát, ilyenkor köteles vagyok vagy a lovat megszerezni, vagy az interestet megadni. Érvényes az adás-vétel akkor is, ha lopott dolgot adok el, sőt épen erre vonatkozik a szavatosság, az evictio. De ha a vevő is tudta, hogy a megvett

dolog nem az eladóé, ilyenkor ő dolosus lévén, az adásvétel semmis. De már saját dolognak a megvétele semmis, kivéve két esetben, ha t. i. a tulajdonos az eladótól a dolgon őt megillető birtokot vagy más jogot vesz meg, és ha a dominium irrevocabile veszi meg azon a dolgon, melyen eddig csak revocabile illette meg. Ha azonban a vevő tudatosan veszi meg az eladótól a saját dolgát, a lefizetett vételért vissza nem követelheti. Az árú lehet másodszor fajilag is meghatározva, lehet res futura is; sőt lehet spes is (126. §.). A res futura vételénél azonban, ha az anyagot a megrendelő adja, nem adásvétel, hanem műbárszerződés lesz. Ha a szabónál ruhát rendelek és a posztót ő adja, szerződésünk adásvétel lesz, ha én adom, műbárszerződés. Ez fontos a veszély szempontjából. A vétel tárgya továbbá több dolog egyszerre is lehet, pl. könyvtárt veszek pausál összegben, emptio per aversionem, vagy megveszek több egyforma dolgot egységár mellett, emptio per mensuram, mind a kettő specifikus vétel (lehet generikus is). A per mensuram vételnél azonban a veszély nem a consensus pillanatában száll át, hanem csak a lemérés megtörténtével. Valamint dolgok, úgy jogok is lehetnek az adásvétel tárgyai; eladhatom szolgalmi jogomat, követelésemet stb. A közönséges életben bizonyos tényleges állapotokat is eladnak, pl. a kereskedő eladja a clienteláját. Ezt azonban nem lehet adásvételnek qualificálni, erre ennek szabályait alkalmazni nem lehet. Már a cégnek eladása adásvétel, mert a cégre subiectiv jog áll fenn. Mindazt, a mi eladatik, árúnak nevezzük, de közönséges értelemben csak ingót értünk rajta, holott ingatlant is el lehet adni. Az eladó kötelezettsége a dolgot átadni, nem tulajdonba, hanem csak ténylegesen, de szavatol a vevőnek, hogy senki őt ennek élvezetében háborgatni nem fogja, rem emptori habere licere. Ennek oka az, hogy az adásvétel a ius peregrinum intézménye, iure peregrino pedig tulajdont adni nem lehetett. Már a ius Quiritium szerinti eladásnál, a mancipationál a tulajdon ruházattal át.

A vevő ellenszolgáltatása az ár. Az ár pénz kell, hogy legyen, különben nem adásvétellel, hanem cserével van dolgunk. Az árú is lehet pénz, de csak mint egyed, vagy mint genus, de nem mint törvényes fizetési eszköz. E szerint az ú. n. váltás nem adásvétel, hanem csere. Idegen pénz beváltása már adásvétel. Az árnak római jog szerint három kelléknek kell megfelelni: verumnak, certumnak és iustumnak kell lennie. *Pretium debet esse verum, certum, iustum*. Pretium verum annyit tesz, hogy a vevő magát tényleg kötelezze az ár megfizetésére, vagyis a pretium obligatorium legyen. Ha az ár csak színleg van megállapítva, az ügylet nem adásvétel, hanem amicus donandi esetén ajándék, különben pedig semmi. A pretium certum követelménye az ár obiectiv meghatározottságát jelenti. A régi római jog megkívánta, hogy az ármegállapítás határozott összegű pénzben történjen meg (pecunia numerata). Későbbi jog

szerint elegendő volt a vételár relativ meghatározása, pl. *quantum tu rem emisti*, vagy *quantum in aere habeo*, sőt harmadik személy arbitriumára is bizható az ármegállapítás. Ez esetben azonban a vétel csak akkor jön létre, ha a harmadik az árt valóban megállapította. Vitás kérdés, vajjon eléggé határozott az ármegállapítás, ha a vevő tisztességére van bízva: Dernburg szerint nem, Baron szerint igen. Ez utóbbi nézet helyes akkor, ha az ár a vevőtől nem *qua olyantól*, hanem *boni patris familias arbitriumától* van függővé téve, mert ekkor birói megállapítás léphet a helyébe. Ugyanez az eset, ha a harmadik személy is csak *qua bonus vir* van az ármegállapítással megbízva. Ez esetben a vétel nincs az ő kényekedvétől, hogy meg akarja-e az árát határozni, függővé téve, mert pótolhatja a birói arbitrium. A harmadik követelmény a *pretium iustum*. A római jog szerint az adásvételnél nem lehet rossz néven venni, ha a két fél egymást meg akarja csalni, de csak bizonyos határokon belül. Diocletianus elrendelte, hogy a telek eladója, a ki a telekért értékének felét sem kapta, a vételt megtámadhatja, ha a vevő a hiányzó vételárt kipótolni nem akarja. Az ehhez fűzött glossa alapján a praxis ezt kiterjesztette a vevőre is, a ki az áru értékének kétszeresénél többet fizetett. Ez az ú. n. *laesio enormis*, a melyet minden synallagmatikus szerződésre kiterjesztettek, kivéve az aleatorikus szerződéseket. A *laesio enormis* orvoslására az eladó, illetve a vevő a másik félnek actiójával szemben *exceptio laesionis enormis*-sel élhet, ha pedig a szerződés már teljesítve is van, akkor régebbi nézet szerint külön keresete volt: *condictio ex lege 2. C. de rescindenda venditione*, a most uralkodó nézet szerint pedig az adásvételből folyó keresetével élhet. Nem érvényesíthető a *laesio enormis*, ha az örökös vagy hagyományos az örökhagyó rendeletéből adta el a dolgot az örökhagyótól meghatározott áron, továbbá, ha az illető tudva adta el túlolesón vagy vette meg túldrágán a dolgot, illetve ha előre lemondott a *laesio enormis* érvényesítéséről, aztán birói eladásoknál, végül örökségvételnél.

Az eladót az *actio venditi* illeti. Ezzel a vételárt és az áru átadása utáni kamatokat követelheti, tehát nemcsak a *mora* pillanatától fogva, hanem előbb is, hacsak az ellenkező kikötve nincs. Követelheti továbbá az árúra a *consensus* pillanatától fogva az átadásig tett szükséges kiadásokat és a vevő *culpa levis*-e okozta károk megtérítését is. Mindezt akkor is követelheti, ha az áru a *consensus* óta *per casum* tönkrement vagy rosszabbodott. Nem követelheti azonban, ha a vétel megtekintésre, megizlelésre szól, t. i. azzal a felfüggesztő feltétellel, hogy a vétel csak akkor jöjjön létre, ha az átadott áruminta a vevőnek tetszeni fog. Minthogy ilyenkor a vevő az árút minden megokolás nélkül visszaküldheti, nem is felel a *casus*ért mindaddig, míg ki nem jelentette, hogy az árút elfogadja. A visszaküldésnek persze *in dubio bona fide* számított időn belül kell megtörténnie. Nem viseli a *casum* a vevő a *per*

mensuram vételnél sem a lemérésig és végül a genus vételnél, mert genus nunquam perire censetur. A fentén kívül minden egyéb suspensiv feltétel alatt kötött vételnél pendente condicione a periculum interitust az eladó a per. deteriorationist pedig a vevő viseli. Az eladót az actio venditin kívül megilleti az exceptio non adimpleti contractus is, ha a vevő a dolgot követelné, mielőtt a vétel-
árt stb. lefizette.

Ezzel szemben a vevő keresete az *actio empti*. Ezzel ő a vett árnak cum omni causa csak traderejét követelheti, daréját nem. Nem köteles tehát az eladó a tulajdönt átruházni, hanem csak azt köteles a maga részéről megtennie, hogy a vevő a dolgot nyugodtan élvezhesse. Ezzel ő egyelőre megtette a magáét. Ha azonban az eladott dolgot a vevőtől később valaki elperelné, evincálná, beáll az eladó szavatossága. Ha az eladó dolose ad el idegen dolgot, a vevő előtt ezt elhallgatva, akkor ez utóbbi nem is tartozik bevárni azt, hogy a dolog tőle elpereltessék, hanem rögtön kérheti az actio empti-vel az eladótól az interesse megtérítését, illetve, ha a vétel-
árat még le nem fizette, akkor az eladó actio venditijével szemben fenyegető evictio esetén exceptio evictionis imminentis sel élhet. Minden egyéb esetben a vevő nem léphet fel mindjárt, mikor megtudja, hogy az eladó traditioja folytán tulajdönt nem nyert, hanem köteles bevárni, hogy a dolog tulajdonosa vagy más jogosult őt beperelje, illetve felléphet akkor, ha az illető joga kétségtelen volt és ő a pert be nem várva, a dolgot átadta. Rómában szokásos volt, hogy res pretiosiores vételénél a vevő az eladótól evictio esetére a vételár kétszeresét stipulálta magának, innen magyarázható, hogy Iustinianus szerint a vevő elperlés esetén az eladótól az actio emptivel teljes interesséjének megtérítését követelheti ugyan, de ez sohasem lehet több a vételár kétszeresénél. Az evictióért járó kártérítést azonban csak akkor követelheti a vevő, ha az eladót a per megindításáról kellő időben értesítette, hogy ő is mint socius litis a perbe bocsátkozhasson. Ha a vevő ezt a litis denuntiatiót elmulasztja, akkor az eladó Arndts, Baron Wächter s mások szerint az evictióért való szavatosság alól mentesül, hacsak a vevő be nem bizonyítja, hogy az ő assistentiája sem változtatott volna a per eredményén. Ezzel szemben Windscheid szerint nem a vevőnek kell bizonyítania, hanem az eladónak, még pedig azt, hogy az ő közbelépése igenis változtatott volna az ítéleten. A litis denuntiatio persze elmaradhat, ha a felek így egyeztek meg vagy ha az eladó tudatosan lehetetlenné teszi, ha távol van, vagy végül, ha a nélkül is fellép mint socius litis. Az evictióért való szavatosság feltételei tehát, hogy valamely harmadik személy akármilyen jog alapján a dolgot ki-
evincálta, másodszor, hogy a harmadik személynek ez a joga már az adásvétel megkötése idején fenforgott és végül, hogy a vevő a litis denuntiatiót el ne mulasztja. Három esetben azonban az eladó még sikeres evictio esetén sem szavatol; még pedig, ha ebben a

haszonszer

felek előre megegyeztek (pactum de non praestanda evictione, de ez sem ment, ha az eladót dolus terheli), másodszor, ha a vevő tudva vette meg az elperlésnek kitett dolgot és végül, ha az eladás játék közben történt, hogy az eladónak a továbbjátszásra pénze legyen.

- 2) Az evictióért való szavatosság egyik esete annak, hogy az eladó nem mentesül rögtön a dolog átadásával. Ennek második esete az, ha a dolognak valami tényleges hibája van, ha az árúban azok a minőségi tulajdonságok nincsenek meg, a melyek a szerződésben akár expressis verbis, akár hallgatólag ki voltak kötve. Már a 12. t. t. szerint is felelt az eladó a mancipált dolog hibájáért, ha a nuncupatióban bizonyos hiányok és hibák fenn nem forgását ígerte. A későbbi civiljog ezen a felelősségen a res mancipinél bővített és a res nec Mancipi eladójára is kiterjesztette olyképen, hogy minden eladó felel a tényleges hibákért, ha ezt külön elvállalta vagy ha az átlagos tulajdonságok hiányát dolose elhallgatta, illetve dolose állított oly tulajdonságokat, a melyekről tudta, hogy nincsenek meg. A vevő ilyenkor az actio emptivel teljes interessejét követelhet. De ha ezek a hiányok megvannak, a nélkül, hogy az eladót dolosus elhallgatás vagy állítás terhelné, akkor a civiljog cserben hagyta a vevőt. Ilyenkor a vevő a dolgot tale quale tartozik átvenni. Ezért az aedilis, a ki a vásári eladások felügyelője volt, edictumában tovább ment és kimondta, hogy ha valaki a vásáron rabszolgát vagy barmot vesz, akkor az eladó annak minden hibájáért, a melyet a vevővel, bár nem is dolose, nem közölt, felel, hacsak ezek a hibák teljesen nyilvánvalóak nem voltak. A vevő az aedilistól ily esetben két keresetet kapott: az actio quanti minoris és az actio redhibitoria. A vevő vagylagosan kétféle követelhet, vagy aránylagos árleszállítást vagy a vétel megszüntetését, azaz az árú visszaadása ellenében a vételárat. A vevő itt voltaképen kevesebbet kap, mint kap ius civile szerint. A ius civile felelősségi esetében az actio emptivel teljes interessejét megkapja, itt csak aránylagos árleszállítást vagy vissza a vételért. Másrészt azonban kedvezőbb a helyzete, mert nemcsak dolus esetén léphet fel, hanem annak híján is. Neki csak azt kell bizonyítania, hogy az eladott dolognak physikai hiánya van, hogy ez a hiány már az adásvétel megkötése pillanatában fennforgott, harmadszor kell, hogy ez a hiány a dolog értékét csökkentse, mert apró-cseprő hibákra nem lehet a bíró tekintettel, minima non curat praetor, és végül azt, hogy a hiba olyan, hogy bona fide észrevenni nem lehetett. Szembeötlő hibára nem hivatkozhatik, ne vette volna meg a rabszolgát, a barmot. Ezért szoktunk rejtett hibákért való felelősségről beszélni. Az aránylagos árleszállításra irányuló actio quanti minoris egy annus utilisen, a vétel megszüntetésére irányuló actio redhibitoria pedig hat utiliter számított hónapon belül indítandó meg. Ez utóbbival vevő azt követelheti, hogy az eladó a dolgot cum omni causa vissza-

vegye és a vételért kamatostul visszaadja. Ha persze az árú a vevőnél annak culpája folytán megsérült, a kárt a vevő meg tartozik téríteni, de ha a sérülést casus okozta, a vevő úgy adja vissza a dolgot az eladónak, a mint van. Ez utóbbi okból a vevő nagyon szereti az actio redhibitoriát és valahányszor az árú per casum tönkremegy, kutatni fogja, nem szabadulhat-e a felelősség alól, nem volt-e az árúnak valamelyes rejtett hibája? Ha a megvett dolog rejtett hibájánál fogva valamilyen kárt tett a vevőnél, ennek az eladó ellen kártérítési igénye van, a melyet azonban sem az actio emptivel, sem a redhibitoriával nem érvényesíthet, hanem csak retentióval élhet. Ez tehát csak közvetetten kikényszerített obligatio. A vevő, mint mondtuk, választhat a két kereset között, de ha egyszer a quanti minorist választotta, többé a redhibitoriára rá nem térhet, fordítva igen. A quanti minoris többször is megindítható, ha t. i. a vevő különböző hiányokra különböző időpontokban jut rá. Előnye továbbá az is, hogy hosszabb ideig indítható, továbbá a vevő akkor is élhet vele, ha a megvett dolog már nincs is meg, úgy hogy többé visszaadni nem tudná.

A vevő e szerint rejtett hibák esetén következő módokon érvényesítheti a maga jogát: az első hat hónapon belül akár a redhibitoriát, akár a quanti minorist megindíthatja, még pedig, ha előbb a redhibitoriát választotta, rátérhet a quanti minorisra, fordítva nem, hat hónaptól 12 hónapig már csak aránylagos árleszállítást követelhet, azontúl már semmit. Ha pedig az eladót dolus terheli, ezeken felül az actio emptivel is élhet. Így volt ez eleinte a rab-szolga- és baromvételnél, de utóbb kiterjesztetett minden adásvételre, sőt minden synallagmatikus obligatióra is. Ha a vevő a szerződés-kötéskor redhibitorius jogáról lemondott, akkor a vétel ú. n. *venditio simplaria* (Dernburg szerint vend. simplaria nem ez, hanem az oly vétel, a melynél evictio esetére az árú csekély értéke miatt a stipulatio dupplae elmaradt). Igen vitás kérdés, vajjon az aedilisi kereseteknek a generikus vételnél is helyük van-e? Thöl, Windscheid, Brinz szerint nem, szerintük csak a specifikus vételnél találnak alkalmazást. Ezzel szemben az újabb iudicatura a generikus vételre is kiterjesztette őket. Ha pl. bőrt rendelek, akkor a mai jog szerint az eladó közepes minőséget tartozik szállítani. Ha silányabbat szállít, Windscheid szerint aliud pro alio szállítván, egyáltalában nem teljesített. Az újabb iudicatura szerint ez teljesítés ugyan, de a vevő felléphet az aedilisi keresetekkel.

A vevőnek az eddig említett kereseteken kívül megvan még az *exceptio non* vagy *non rite adimpleti contractus*.

Az adásvételnek különös fajtái:

a) *(Próbára vagy megtekintésre) ízelelésre szóló vétel.* Azon feltétel alatt kötött vétel, hogy az árú a vevőnek tetszeni fog. Ez a feltétel lehet suspensiv is, resolutiv is, de in dubio suspensiv. A vétel létrejötté itt tisztán a vevőtől függ, kétség esetén tehát tetszésétől, nem

mint arbitrium boni viri től van függővé téve. Ezt a tetszését vagy nem tetszését bizonyos időn belül kell kinyilvánítania, különben az árú megfelelőnek vétetik.

b) *(Próba vagy) mustra szerinti vétel.* Feltétlen vétel, a melynél az árú a mintával kell hogy megegyezzen. Per esetén a vevőnek kell vagy a mustra felmutatásával vagy más módon az árúnak a mustrával meg nem egyezését bebizonyítania.

c) *Próbavétel,* teljesen perfekt vétel, a melynél a vevő újabb megrendelést helyez kilátásba. Ennek semmiféle jogi jelentősége nincsen.

Az adásvétellel kapcsolatban számos mellékegyezmény (*pactum adiectum*) köthető, sőt mint a tradicionál láttuk, egy, t. i. a *pactum reservati domini* már ex lege benne van az adásvételi szerződésben. A többi mellékegyezmény külön kikötendő a felek által és két főcsoportra osztható: Van ugyanis kötelmi, személyes és van dologi hatású mellékegyezmény.

Kötelmi hatásúak:

a) *A pactum de retroemendo, de retrovendendo,* a visszavételi, illetve a visszæladási jog fentartása. A vevő kiköti magának, hogy az eladó bizonyos idő múlva, még pedig kétség esetén ugyanazon áron vissza fogja venni, illetve az eladó kiköti, hogy a vevő neki vissza fogja adni a dolgot.

b) *A pactum protiniseos,* elővételi jog fentartása. Az eladó kiköti magának, hogy ha a vevő a dolgot ismét el akarja adni, kedvezőbb ajánlat híján első sorban az eladónak fogja odaadni.

Dologi hatásúak:

a) *A lex commissoria vagy pactum commissorium,* a melyben az eladó azt a jogot nyeri, hogy a vételt megsemmisítse, ha a vevő kellő időben nem fizet. Az ebben rejlő feltétel in dubio resolutiv. Az eladónak ilyenkor az esedékesség után szabad választása van a vételár követelése és a vétel megsemmisítése között, de ha egyszer egyiket választotta, a másikat elveszti. Ha a megsemmisítést választja, az eladott dolog tulajdona ismét rászáll, még pedig menten minden a vevő constituálta tehertől. Az eladó azonban nemcsak a dolgot nyeri vissza, hanem az időközi gyümölcsöket és a vevőnek felróható kár megtérítését is követelheti. A vevőnek ellenben retentiója van a szükséges és hasznos kiadások fejében, de esetleges foglalóját és teljesített részfizetéseit nem kapja vissza. Ez esetben azonban kára erejéig megtartja az időközi gyümölcsöket.

b) *Az addictio in diem,* a kedvezőbb ajánlat elfogadhatóságának fentartása az eladót a vétel megsemmisítésére jogosítja, ha bizonyos időn belül jobb vételi ajánlatot kap. A vevőnek ilyenkor elővételi joga van, úgy, hogy a jobb ajánlatot magáévá teheti.

c) *A pactum displicentiae,* a visszalépés joga, a mely akár az egyik, akár a másik felet a vételtől való visszalépésre jogosítja bizonyos időn belül. Itt a vétel szintén resolutiv feltétellel kötött meg.

152. §. A csere.

A csere (*permutatio rerum*) római jog szerint innominat realcontractus, ma már consensualis, a melylyel mindegyik fél valamely dolog tulajdonának átruházására kötelezi magát, és a melynél mindegyik szolgáltatás egyszersmind árú is, ár is. Ha az egyik fél a dolgot átadta, ezzel a régi római jogban még nem nyert követelést az ellenszolgáltatásra, hanem csak *condictio sine causája* volt a maga szolgáltatásának visszakövetelésére. Később ezenfelül már az ellenszolgáltatást is követelheti (persze csak vagylagosan) az *actio praescriptis verbis*, vagyis a csere innominat contractussá lett. Ma már nem is szükséges az egyik szolgáltatás realizálása, már a pusztá megegyezés szüli mindkét részen a szolgáltatás követelhetőségét, persze csak a maga szolgáltatása ellenében. A csere joghatásai nagyjában egyenlőek a vételével, csak hogy a cserénél a nyugodt birtoklás átengedése nem elegendő, a szerződő feleknek a kicserélt dolgok tulajdonát kell átruházniok. Az evictióért, laesio enormisért és a rejtett hibákért való felelősség a cserére is alkalmazást nyer, a minél persze a részletekben számos nehézség merül fel. Így ha lovat ökrrel cserélek, és az ökrön hibát találok, az *actio quanti minoris* keresztülvihetősége legalább is kérdéses.

153. §. A bérszerződés.

A bérszerződés (*locatio conductio*) már a római jogban is consensualis szerződés volt. Tényállása az, hogy az egyik fél valamely dolognak vagy munkaerőnek a használatát engedi át a másik félnek pénzbeli ellenszolgáltatás (*merces, bér*) ellenében. A római jog háromféle bérszerződést különböztet meg: *l. c. rei-t*, dologbérszerződést, *operarum-ot*, munkabérszerződést, és *operist*, műbérszerződést. A *locatio conductio* név eredete valószínűleg az, hogy mint már a XII. t. t. is említi, az első ilyfajta szerződés az igásmarhának használatba adása volt. Az igásmarhát felállították a vásáron (*locare*), a ki pedig bérbe vette, elhajtotta (*conducere*). A bérbeadó a *locator*, a bérbevevő a *conductor*. A dologbérszerződésnél, a ki a dolgot adja, *locator*, a ki a pénzt, *conductor*, a munkabérszerződésnél is a bért fizető a *conductor*, de már a műbérszerződésnél a szerepek felcserélendőek, és a művet végző a *conductor*, és az a *locator*, a bérbeadó, a ki érte a bért fizeti.

I. *Locatio conductio rei*. A dolognak bérért való használatba adása. Ennél különbséget kell tenni, vajjon a dolgot úgy adom-e oda, hogy a bérlő csak az állagát használja, vagy pedig úgy, hogy azt megművelvén, gyümölcsét is húzza. Első esetben ma bérletről (*Miethe*) beszélünk, második esetben haszonbérletről (*Pacht*). Lakást bérel az ember, szántóföldet haszonbérbe vesz. A rómaiak mindkét

esetben locatio conductio reit mondanak, bár a bérlőt inquilinusnak, a haszonbérbe vevőt pedig colonusnak hívják. Magának a contractusnak a római jogban csak egy neve van.

A locatio conductio reit a felek nevei: a bérbeadó locator, keresete az actio locati, a bérbevevő conductor, még pedig vagy inquilinus vagy colonus, keresete actio conducti. Fiskalis jöszágok, vagy vámok bérlőjét a források publicanusnak, redemtornak, vagy, minthogy a vámok bérbeadása mancipatio útján történt, mancepsnek is hívják. A bérszerződés perfect, ha a felek a bérlendő dologban és a bérben megegyeztek. Megegyezésnek vétetik az is, ha az eddigi bérlő a bérlet lejártá után a dolgot tovább is használja, a mi ellen a bérbeadó nem tiltakozik. Ez az ú. n. relocatio tacita. Ez praedium rusticumnál 1 évre szól, praedium urbanumra nézve pedig vita van. Windscheid, Baron, Vangerow szerint az új bérlet ilyenkor ugyanoly hosszú, mint a régi volt. Bérbeadandó tárgy minden dolog lehet, a mely salva rerum substantia használatra alkalmas, ingó épűgy, mint ingatlan, sőt jogok is bérbeadhatók. Még saját dolgunkat is bérelhetjük, ha t. i. másnak arra valami használati joga van, tehát pl. bérelhetjük a haszonélvezőtől. A bérnek pecunia numeratanak, certának és verának kell lennie, csak a haszonbérletnél lehet más, t. i. az évi termés bizonyos hányada (az ilyen bérlő a colonus partarius). Ha más bérletnél a bér nem pénzben, hanem más szolgáltatásban van kifejezve, akkor az a római jog szerint nem bér, hanem innominatszerződés (do ut facias). A bérlő (értve alatta mindig a haszonbérletet is) a bérelt dolgot tovább adhatja bérbe, ez az ú. n. albérlet, sublocatio. Erre csak ellenkező kikötés esetén nincs jogositva. Minthogy a bérlet kötelmi viszony, az első bérbeadó és az albérlet között semmiféle jogviszony nem keletkezik. A bérleti tárgyat terhelő szolgáltatásokat, föld, ház stb. adót a római jog szerint a bérbeadó tartozik viselni, illetve, ha a bérlő viseli, akkor a bérből levonhatja.

A bérlőnek actio conductije van és ezzel következő jogait érvényesítheti, illetve a bérbeadó következő kötelezettségeit kényszerítheti ki: A bérbeadó köteles a dolgot minden tartozékával együtt rendes, a használatra alkalmas állapotban a kikötött időre átengedni és felel minden culpaért, tehát culpa levisért is. Köteles továbbá a bérlőnek szükséges és hasznos kiadásait megtéríteni, ezek fejében a bérlő retentióval is élhet, minden egyéb beruházásra azonban csak ius tollendije van. Ha a bérbeadó a bértárgy hibáit culpose eltitkolja, vagy habár magára vette, ki nem javítja, akkor a bérlő kártérítést kérhet, illetve ezt a bérből levonhatja, sőt ha ezek a hibák a dolgot használhatóságától megfosztják, a bérszerződéstől visszaléphet. Ugyanezt teheti, ha a bérbeadó a dolgot nem idejében adja át, sőt ha ebben culpa is terheli, a bérlő azonfelül kártérítést is követelhet. A hibák tekintetében persze itt is az áll, hogy a nyilvánvaló, szemmel látható hibákért a bérbeadó felelősségre nem von-

relocatio tacita

ható. A bérlőnek egyoldalú visszalépési joga, a mely ma is meg van, egyedül áll az összes synallagmatikus szerződések közt és fölöslegessé teszi az aedilisi kereseteket, a melyek a bérletnél ezért nem is érvényesíthetők. Ha a bérbeadó dolog átengedésében per casum van megakadályozva, akkor a szerződés megszűnik, vagyis a bérlőnek sem kell fizetnie. Ezt mondja a *locutoris est periculum* szabálya. Ezzel szemben azonban a bérlő sem kérhet kártérítést a dolognak át nem engedése miatt és ép oly joggal mondhatni, hogy *conductoris est periculum*. Nem szabadul azonban a bérlő a bér fizetése alól, ha a casus veszélyét magára vállalta és a locatio conductio rei irregularisnál, ha t. i. a dolognak generice történendő visszaadására van kötelezve, ennél ugyanis áll: *genus nunquam perire cense tur* elve. Ilyen irregularis bérszerződés a *contractus sociidae* (Eisernviehvertrag), marhaállománynak a bérbeadása azzal, hogy a bérlő csak hasonló mennyiségű és minőségű marhát, legyen köteles visszaadni. Ilyennél per casum megsemmisülésről alig lehet szó, mert ha az átadott marha meg is döglik, hasonfajta mindig akad. (Eisernvieh stirbt nie).

A bérlő kötelezettségei, a melyek kikényszerítésére a bérbeadónak *actio locatija*, van ezek: A bérlő köteles a bért, még pedig in dubio az egész bérlet vagy bizonyos szokásos terminusok lejártával, tehát *postnumerando* megfizetni. Ez annyira áll, hogy a bérbeadó még a *praenummerando* fizetés kikötése esetén is köteles előbb teljesíteni. A bérlő az egész bért tartozik megfizetni, de bérleengedést (*remissio mercedis*) kérhet, ha rendkívüli szerencsétlenségek őt a dolog kellő kihasználásában megakadályozták, illetve neki tetemes kárt okoztak. Ilyen *remissio mercedis* természetesen a *colonus partiarius* és az, a ki erről előre lemondott, nem kérhet, úgyszintén nem kérheti az *emphyteuta* sem. További kötelezettsége a bérlőnek, hogy a dolgot *salva rerum substantia* tartozik használni, a mi persze a generikus bérletnél nem áll. A bérlet lejártával a dolgot *pertinentia*ival együtt rendes állapotban tartozik visszaadni, a minek megtagadása *condemnatio in dupplum*ot eredményez. Felelőssége *culpa levis*ig terjed. Ha tehát a dolog visszaadásában saját *culpája* folytán van megakadályozva, érdektérítéssel tartozik.

A bérlő a római jogban csak birlaló, dologi joga egyáltalán nincs, ő csak a bérbeadó ellen fordulhat *actio conductijével*. Az *actio spolia* és a *summariissimum* kifejlődésével azonban a bérlő, úgyszólván birtokossá lett. A bérlőnek különös jogeszköze az *interdictum de migrando*, a melylyel *invectainak* és *illatainak* kiadását kérheti, ha a bért lefizette, vagy *bebizonyítja*, hogy a *retineált* tárgyakra a bérbeadó zálogjoga ki nem terjed. A római jog szerint ugyanis a bérbeadónak *praedium urbanum*nál törvényes zálogjoga van a bérlő *invectáin* és *illatain*, *praedium rusticum*nál pedig a *percipiált* gyümölcsökön és az *invectákon*, a mennyiben róluk tud,

őket ismeri. Praedium rusticumnál az első bérbeadónak még az albérlő invectái és illatáin is van zálogjoga, ha az első bérlő kötelezettségét nem teljesíti.

A bérszerződésnek részint sajátos megszűntető tényei: *a)* az idő múlás, *b)* a bérlő vagy bérbeadó visszalépése, *c)* a bérleményi tárgynak elpusztulása, *d)* a bérlő csődje. A bérbeadó visszaléphet, *a)* ha a bérlő két évi bérrel hátralékban van, *b)* ha a bérlő a dologgal visszaél, *c)* ha a dolog halaszthatatlan javításokra szorul, *d)* ha a bérbeadott lakásra sürgős, előre nem látott szüksége van. A bérlő visszaléphet, mint már láttuk: *a)* ha a dolognak rejtett hibái vannak, a melyek a használatot lehetetlenné teszik vagy nagyon megnehezítik, *b)* ha a bérbeadó nem kellő időben adja át a dolgot, és végül, *c)* ha a dolog folytonos használata veszélylyel fenyeget.

A bérlőnek mint láttuk csak kötelmi joga van, ő csak a bérbeadó ellen fordulhat. Ha tehát a bérbeadó a dolgot eladja, a vevő a bérlőtől a dolgot elveheti, a nélkül, hogy az ellene valamit tehetne. Ez az, a mit a német közmondás helytelenül úgy fejez ki, hogy *Kauf bricht Miethe*. Ez így nem igaz, mert azért a bérszerződés tovább is fennáll és a vevő által a dolog használatából kidobott bérlő épen a bérszerződés alapján kártérítést követelhet a bérbeadótól. Ujabban a telekkönyv intézménye védi a bérlőt, oly értelemben, hogy ha ő a jogát betábláztatja, körülbelül olyan joghoz jut, mintha neki az ingatlanra szolgalmi, tehát dologi joga volna. A német codex első javaslata a Kauf bricht Miethe alapelvét fenntartotta ugyan, de később elejtette, úgy hogy a bérlő minden betáblázás nélkül is védve van minden harmadik személy ellen. Ez azonban nem római álláspont. (A Kauf bricht Miethe ellentéte a *Heuer (Miethe) geht vor Kauf*.)

II. *Locatio conductio operarum*, munkabérszerződés, emberi munkaerőnek átengedése bér ellenében. Munkaerő alatt itt csak az ú. n. *operae locari solitae, operae illiberales* értendők, ellentétben az *operae liberalessel*, a melyek bérbe nem adhatók, ilyenek az ügyvéd, orvos, tanár munkája, a kik honorariumot igen, de bért el nem fogadhatnak, vagyis munkájuknak átengedése nem bérszerződés, hanem mandatum, az érte kikötött honorarium pedig csak *extraordinaria cognitioban* követelhető.

A loc. cond. operarumnál a munkás a locator, a munkaadó a conductor. Ennek megfelelően utóbbinak *actio conductij*e van, a melylyel azt követelheti, hogy a munkás az ígért munkát szerződés szerűen és személyesen teljesítse (alárendelt munkát *in dubio* mással is végeztethet), mulasztása vagy ügyetlensége okozta kárt megtérítse, *omnis culpa*ért feleljen. A munkás *actio locatij*ével a kikötött bért, illetőleg, ha munkaközben a további működés lehetetlenül, az eddigi munkának megfelelő bért követelheti. A casust a munkaadó viseli, a mi úgy értendő, hogy a további immár lehetet-

lenné vált munkáért kártérítést nem kérhet, másrészt azonban bért sem tartozik fizetni, úgy hogy ép oly joggal mondható, hogy a munkás viseli a veszélyt.

III. *Locatio conductio operis*, műbérszerződés valamely eredmény, mű létesítésének elvállalása bér ellenében. Itt is munkaerő átengedés van ugyan, de a kötelezettség nem erre irányul, hanem a munka eredményeinek létesítésére. Ha a lakásomat úgy festetem be, hogy szobafestőt fogadok, a kinek munkáját naponként vagy hetenkint fizetem meg, a meddig csak a festés tart, akkor ez munkabérszerződés. Ha azonban a lakás befestéseért bizonyos összeget kap tekintet nélkül az időre, akkor műbérszerződést köttem vele. Ha a szabónőnek napszámot fizetek, szerződésünk *operarum loc. cond.*, ha a készített ruha száma szerint kapja meg bérét, *loc. cond. operissel* van dolgunk.

A *locatio conductio operis*nél az elnevezések épen ellentétesek az eddigiekkel. Itt a munkás a bérlő a *conductor* sc. *redemptor operis*, és a bérfizető a bérbeadó, *locator operis*. Megjegyzendő, hogy műbérszerződéssel csak akkor van dolgunk, ha a locator adja az anyagot, a melyet a munkás feldolgoz. Ha ellenben a munkás nemcsak a munkát, hanem az anyagot is adja, a szerződés adásvétel lesz. Ha művet megrendelő adja ugyan az anyagot, de a munkás nemcsak ebből, hanem más hasonló minőségű és mennyiségű anyagból is készítheti a művet, akkor *locatio conductio operis irregularis*-ről beszélünk. Ilyennek lehet venni, ha pénzt adok a póstára, hogy ugyanannyit adjon át a címzettnek. (Ez talán inkább utalványozásnak vehető!)

A *conductor* kötelezettsége, a mely *actio locativa*l kényszeríthető ki, az, hogy az elvállalt opust a megállapított időn belül szerződésszerűség elvégezze, és felel nemcsak a maga, hanem alkalmazottjai culpájáért is. Ha a kárt az okozta, hogy a locator helytelen utasításokat adott, akkor a *conductor* érte nem felel. A művet a *conductornak* magának kell elvégeznie, de segédek alkalmazhat. A *conductor* minden felelősség alól mentesül, ha a megrendelő a dolgot szó nélkül átvette, nem mentesül azonban, ha a hibákat dolose elhallgatta.

A *locator* kötelezettsége a kikötött bér megfizetése, de csak a mű átadása ellenében. Ha tehát a mű per casum lehetetlenül, a megrendelő a bért megfizetni nem tartozik. A veszélyt tehát a *conductor* viseli. Ha a mű átadásánál lehetetlenülését vis maior okozta, akkor a vállalkozó a bért követelheti, de csak az esetben, ha a vis maior a művet már oly állapotban érte, a melyben átadható és átvétele meg nem tagadható lett volna.

A veszély viselése tekintetében tehát nagy a különbség a munka- és műbérszerződés között. Ha napszámra fogadok szabónőt és az két napi munka után megbetegedik, köteles vagyok neki a két napot megfizetni, ha azonban ruhaszám fizetem és ő a ruhát a

két nap alatt be nem végezte, semmit sem kap. Ott a veszélyt a megrendelő, itt a vállalkozó viseli.

A locatio conductio operisnek egyik fontos esete a tengeri fuvarozás, a melyre az ú. n. *lex Rhodia de iactu mercium* vonatkozik. Ez azt a szabályt tartalmazza, hogy ha valamely hajóról, melyen több tulajdonosnak az áruja szállittatik, tengervihar, vész idején a kapitány az áruk egy részét, a hajó megmentése céljából, tengerbe dobja, akkor a veszteséget az érdekeltek közösen viseljék, még pedig a hajó megmentése által őket ért előny arányában. A részkártérítéseket behajtani a magister navium kötelessége, a ki erre a célra actio conductijét használhatja és a kidobott áru gazdái is csak ő ellene fordulhatnak az actio locatival.

A bérszerződéssel kapcsolatban említendő a receptum cautionum nautarum et stabulariorum, a mely a rómaiaknál külön pactum volt, ma pedig a szállodással, hajóssal, istállótulajdonossal kötött bérszerződésből folyó dispositiv (helyesebben subsidiarius) szabály, a mely szerint az itt említettek a náluk letett dolgot a letevőnek feltétlenül visszaadni kötelesek, hacsak a dolog vis maior vagy a letevő culpájából nem ment tönkre. Ezt a felelősséget a felek kifejezetten mellőzhetik, de csakis a bérszerződés megkötésekor, utólagos vagy a szerződéskötéskor kifejezetten ki nem emelt tiltakozás, pl. szállodai hirdetmény formájában, nem segít. A római jogban a letevőnek külön keresete volt: *actio de recepto*, ma arra szükség nincs.

Itt volna említendő, mint a bérszerződés különös faja a contractus aestimatorius is, de erről már a mandatummal kapcsolatban volt szó.

154. §. A társaságszerződés.

A societas (társaságszerződés) közös vagyoni szolgáltatásban való megegyezése többeknek valamely megengedett közös vagyoni célra. A societas már a római jogban is consensualis szerződés volt, természetesen ma is az. Visszterhes szerződés, de hogy a többi synallagmatikus szerződésnél a szemben álló feleknek ellentétes céljaik vannak, addig a societasnál az összes szerződőknek egy a célja. A szerződés visszterhes volta mellett az bizonyít, hogy A. a közös célra csak úgy tartozik szolgáltatni, ha B. is teljesít. A célnak közösnek és a cél elérésére szolgáló eszközöknek vagyoniaknak kell lenniök. A cél közössége és a szolgáltatások egyirányúsága kifejezést nyer az actio nevében, az összes felek actióinak egy a neve: *actio pro socio*.

A közös cél terjedelme szerint megkülönböztetünk

a) societas omnium bonorum-ot, a mely a társak összes jelenlegi és jövőendő vagyonát foglalja magában;

b) *societas quaestus-t, lucri-t*, melynek tárgya a társak szerzeményéből előálló vagyon;

c) *societas negotiationis-t*, valamely specialis üzletkör folytatása;

d) *societas unius rei-t*, egy ügylet kötésére alakult társaság.

A szerint, a mint a sociusok vagyoni hozzájárulása a társak közös tulajdonába megy át vagy csak a használat közös, beszélünk *societas quoad sortem* és *societas quoad usumról*.

A societasnál meg kell különböztetni a belső és a külső jogviszonyt.

Befelé, a társak egymásközti viszonya első sorban a felek megállapodásától függ. Minden socius az ígért hozzájárulást teljesíteni, a társaság ügyeit kötelességszerűen intézni, a szerzeményt kiadni és számot adni tartozik. Továbbá oly gondossággal köteles eljárni, a milyennel saját ügyeiben szokott, tehát *culpa in concreto*ért felel, végül a társaságnak pénzeért, melyet a maga céljaira felhasznált, kamatot kell fizetnie. Ha a felek másban meg nem állapodtak, egyenlő részben tartoznak a társaság céljaihoz hozzájárulni. In dubio a társaságot ért veszteség és nyereség is egyenlően oszlik meg a társak közt. Azonban az a socius, a ki nagyobb betéttel vagy munkaerővel járul a societashoz, kikötheti magának a veszteségben való kisebb arányú részesedést is, sőt a veszteség alóli teljes mentességet is. A társaságnak culpose okozott kár megtérítése alól azonban még akkor sem mentesül a socius, ha be is bizonyítja, hogy más esetekben a societasnak nagy hasznot hajtott. Ha ellenben őt érte kár, persze saját culpáján kívül, a társaság ügyeinek viselése közben, aránylagos érdektérítést kívánhat társaitól. A sociusoknak egymás ellen e kötelezettségek perbeli érvényesítésére *actio pro sociójuk* van, a mely *actio famosa*, de a melylyel szemben a *beneficium competentiae* kérésének helye van.

A felek, mint mondtuk, maguk határozzák meg a nyereségben és veszteségben való részesedésük nagyságát, a mely in dubio egyenlő. Olyképen azonban nem szabad a feleknek megegyezniök, hogy az egyik társ csak a veszteségben részesedjen, a nyereségben meg nem, az ilyen *societas* (u. n. *societas leonina*) erkölcstelen, tehát semmis. Nem társ az sem, a ki tőkéjével ugyan hozzájárul a társasághoz, de azért magának a társaság hasznától vagy kárától független kamatot köt ki. Ez hitelező, de nem társ.

Kifelé a római societasnál a legjellemzetesebb az, hogy nem jogi személy, harmadik személyekkel szemben a társaság nem létezik. A tagok sem állanak valami egységgel, a societassal, mint olyannal, hanem csak egy mással szemben. Innen van, hogy a többség a kisebbséget le nem szavazhatja és valamely határozat csak úgy érvényes, ha unisono hozták (172 o.). Innen van, hogy ha a sociusok megegyezni nem tudnak, nem marad más hátra, mint a societast felbontani. Kifelé, az ügyletkötő másik féllel szemben a socius van jogosítva és kötelezve, bár a társaság számára köti az ügyletet.

Ez a harmadik csak ez ellen az ügyletkötő socius ellen léphet fel, a többi socius ellen csak akkor, ha a vele szemben álló socius institornak van praeponálva. A mi keresk. jogunk szerint a társak már ex lege egymásnak institorai, a római jogban nem. Ha az institornak kinevezett socius köt ügyletet, pl. vételt, akkor a többi társ ellen az ügyleti actio utiliter mint institoria actio (venditi) indítható és ők ilyenkor in solidum felelősek. Ha azonban a sociusok mind személyesen kötötték az ügyletet, ellenük a directa actio indítható, de csak pro rata, hacsak a hitelező a correalitást ki nem kötötte.

A társaság *megszűnik*: a) Bármely fél halálával, hacsak a többi társ a társaság fenmaradásában meg nem egyezett. A societas ius personissimum, ép úgy, mint a mandatum. A meghalt socius örököse tehát még a fenmaradt társaságnak sem lesz tagja. (Ez alól csak a societas vectigalium kivétel.) Megjegyzendő, hogy a társaság nem a fél halála pillanatában szűnik meg, hanem csak akkor, ha a többi erről tudomást nyer. Az elhunyt társ örököse az örökhagyó megkezdte ügyleteket befejezni köteles, és ebben dolusért és culpa latáért felel. b) A halállal egyhatású a capitis deminutio maxima et media (régebben a minima is). c) Megszűnik a társaság, ha célját elérte vagy lehetetlenné válik (ú. n. ex re megszűnés szemben a fenti kettővel, a mely ex persona szünteti meg a societast). d) A társaságot bármely fél fölmondhatja (megszűnés ex voluntate). A szerződési idő előtti ok nélküli, továbbá dolosus és időszerűtlen (intempestative) egyoldalú felmondás azonban nem szünteti meg a társaságot és csak az a hatása, hogy az ilykép felmondó a terheken tovább is részt vesz, de az esetleges nyereségből semmit sem kap. A mi kereskedelmi törvényünk a felmondás eseteit taxative felsorolja, ezt a római jog nem teszi. e) A társ nemcsak felmondással, hanem keresetindítással is megszüntetheti a társaságot (ex actione), a mely végül f) *ex egestate* is megszűnik, vagyis, ha akár az összes, akár csak egy tag is, akár csőd, akár confiscatio által egész vagyonát elveszti.

A társaság megszűntekor a közös jogok felosztatnak, a mire már nem az actio pro socio, hanem az actio communi dividundo szolgál.

A társaság a szerződéssel kapcsolatban említendő a *communio incidens*, a melynél szintén közösség származik, de nem a társak szerződése, hanem más tény folytán. Ú. n. quasi contractus, szabályozása hasonló a societaseval. Megszüntetésére az *actio communi dividundo* szolgál. Idevágó keresetek az *actio finium regundorum* és az *actio familiae herciscundae* is. Utóbbiról az örökjogban.

155. §. Egyéb obligatiók.

Az eddig tárgyalt obligatiókon kívül ismeri még a római jog az ex delicto és a quasi ex delicto kötelmeket, aztán a quasi ex

contractu közül még a gyám és gyámolt, az örökös és hagyományos közti kötelmet. Előbbi a család, utóbbi az örökjogban is tárgyalható. A családjogba sorolhatók az ú. n. alimentationalis kötelmek is. Fontosak még azok a kötelmek is, a melyek valamely telek birtokával kapcsolatosak, így a *cautio damni infecti*, az *operis novi nuntiatio*, az *interdictum quod vi aut clam*, a melyek ismerete a közkézen forgó institutio könyvek alapján feltételeztetik.

Itt még csak néhány szót a *condictiones sine causáról*, a melyeket a római jog szintén a *quasi ex contractu* kötelmek közé sorolt. A *condictiók* és az ezeken alapuló *obligatiók* igen sajátoszerű természetűek. Úgyszólván biztonsági szellentűi a magánjognak. Ha valami a magánjog szabályai szerint ment ugyan végbe, de az eredmény még sem kielégítő, akkor lépnek ezek a *condictiók* működésbe. Én önnek fizetek abban a hiszemben, hogy tartozom vele, később kistül, hogy tévedtem. Kérném vissza a teljesítést, de nincs mivel. Az átadott dolgok tulajdona a traditióval önre átszállt, nekem tehát *rei vindicatio*m már nincs, aztán önt *dolus* sem terheli, tehát *actio de dolo*vál se léphetek fel. Szóval védtelen vagyok, holott a jelenlegi helyzet szemmel láthatólag nem helyes. A mikor már most valakinek semmiféle keresete sincs jogos igénye érvényesítésére, adja meg neki a római jog a *sine causa condictiókat*. Ezek nem másokkal concurráló *actiók*, helyük nem mások mellett, hanem mások hiányában van. Ez alól csak egy kivétel van a római jogban: a *condictio furtiva*, a melylyel a *rei vindicatio* mellett élhet az ember. Ezekkel a keresetpótló *condictiókkal* azonban nem követelhető az egész kár, a mely valakit *sine causa* ért a másik előnyére, hanem csak annyi, a mennyi ebből az én károsodásomból a másikhoz eljutott és még most nála van. Nem követelhetem az én egész káromat, de nem is az ő egész gazdagodását, hanem csak az ő jelenlegi gazdagodását, de azt sem az én káromat felülmulólag. Az ő gazdagodása lehet nagyobb, mint az én károm, viszont az én károm is lehet nagyobb, mint az ő gazdagodása, a *condictio sine causával* azonban csak annyit követelhetek, a mennyire az ő gazdagodása és az én károm egymást fedik. A mennyivel az egyik a másikat felülmulja, azt már nem lehet a *condictio sine causával* követelni.

A római jog megkülönbözteti a *condictio sine causa* különféle fajait, de azok csak névleges eltérések (l. különben Kajuch 257—259. l., Vécsey 355—357.).

Örökjog.

I. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG FOGALMA.

156. §. A római örökjog jelentősége.

A római örökjog ránk nézve történeti, dogmatikai és gyakorlati szempontból jelentős.

Történeti szempontból a római örökjog studiuma azért érdekes, mert az a fejlődés, a melyet a római jog általában feltüntet, itt az örökjog terén constatálható legpregnansabban. Mert míg a forgalmi jog terén gyorsabban változnak az intézmények, hiszen a forgalmi élet nap-nap mellett működik, ideges, addig az örökjog fejlődése lassúbb, nyugodtabb, mert az ember csak egyszer-kétszer vesz részt életében active-passive az örökjogban. Innen van, hogy valamely nép jogának történetében ennek a jogágnak a fejlődése épen lassúságánál fogva tűzetesebben észlelhető, vizsgálható, még a fejlődési rétegek is kimutathatók. Míg a tulajdon, a kötelmek intézményét a legrégibb időben homály fedi, eredetükről, első nyilvánulásukról csak vág sejtelmünk van, addig az, hogy az örökjog milyen volt, egészen éles körvonalakban mutatkozik, hiszen már a legrégibb római emlékekben, a 12 táblás törvényben is egész világosan láthatjuk. Az a hármasság, a mely a római jogot jellemzi, a régi ius civile, a praetori ius honorarium és a császári jog itt élesen kidomborodik, holott más intézményeknél a határvonalak elmosódtak. Az örökjognál nemcsak nagyjában, hanem részleteiben is ki lehet mutatni az egyes intézmények, a testamentum, az intestat öröklés stb. fejlődését, átalakulását. Érdekes történetileg a római örökjog másodszor azért is, mert bizonyos tekintetben azt lehet mondani, hogy ép úgy, mint minden nép jogának, úgy a római jognak is ez a legjellemzetesebb része. Innen van, hogy a kik a római jog ú. n. szelleméről irtak, mind ezzel foglalkoztak. Gans, a hegelista philosophus jogbölcseleti tanulmányait: „Das Erbrecht in welthistorischer Entwicklung” czímen irta meg. Lassalenak „System der erworbenen Rechte”-je is az örökjog philosophiájával és főleg a római örökjoggal foglalkozik. Jelesül két intézmény az, a mely a római örökjogot jellemzi:

a testamentum és az universalis successio. Maine „A jog őskorá”-ban kimutatja, hogy a végrendelet minden népnél római gyökérre vezethető vissza. Tacitus a germánoknál feltűnőnek tartja, hogy nullum est testamentum. A magyar végrendelet is római vonásokkal van impregnálva, sőt Indiába is Rómából hozatott be. Hogy a testamentumnak a rómaiaknál miféle szerepe volt, az ~~ma már alig érthető~~. A XII tábla legsúlyosabb büntetése, ha valakire kimondatott: improbus intestabilisque esto, hogy t. i. végrendeletet nem csinálhat. (Intestabilis azt is jelenti, hogy nem tauúskodhatik, de nem ez a lényeges.) A sacernek, a teljesen jogtalannak, a mit a germánok vogelfreival jelöltek meg, mindig homogen kifejezése: sacer et intestabilis. Horatius satyráiban mondja: is sacer et intestabilis est, Plautus-, Quintilianus-, Cicerónál is megtaláljuk ezt a kifejezést, Ulpianus a carmen famosumra mondja ezt büntetésül. Ez és még sok Lassale-nál összegyűjtött forráshely mutatja, hogy a halál utáni gondoskodás a római embernek egyik fő-főgondja és kötelessége. A mi az egyiptominak a siremlék, az a rómainak a végrendelet. Ez a ma már nem érthető vonás a római írókból és emlékekből ezerféleképpen kimutatható. Persze az ő testamentumuk nemcsak az volt, a mi ma. Ennél egyrészt kevesebb, de másrészt meg sokkal több volt. A római végrendelet nemcsak a vagyonról való gondoskodás volt, nemcsak az készítette, a kinek vagyona volt, a római testamentum ultima testatio mentis, az ember gondolkodásának utolsó, sőt a császárság idején mondhatni első tanújele. Tacitus említi, hogy az emberek a végrendeletet használták fel arra, hogy a császárnak kimondják az igazságot. A rómaiaknak ezt az utolsó és első igazmondást annyira respectálták, hogy mikor a senatus ezt meg akarta tiltani, maga Augustus akadályozta meg ebben. A római végrendeletek csak úgy hemzsegnek az invectiváktól. Innen van az is, hogy a római iurisprudentia a végrendeletre és az örökjogra rendkívüli súlyt vet. Nem véletlen, hogy a digesták legtöbb példája, még a kötelmi jogi részekben is a végrendelettel függ össze. Az örökjog, és itt ismét a végrendelet a római jog főrésze. A római örökjog másik jellemző vonása az universalis successio. Ez ismét eredeti római gondolat, a mely a modern jogokba is a római jogból került. A germán jogok csak a singularis successiót ismerték, az egyes vagyontárgyakba, azoknak egyes tömegeibe más-más személyek succedálnak. Hogy az egész vagyon tartatik össze, az a római jognak a jellemző vonása.

A testamentumban és az universalis successióban van egyúttal a főrésze a dogmatikai érdekességnek is, a melyet a római örökjognak tulajdonítunk. Az universalis successio szabályozza az állást kifelé az elhunyt hitelezőivel szemben. Már pedig ez az örökjognak egyik legérdekesebb és legnehezebb része. A testamentum az örökös állását már nemcsak kifelé, hanem befelé is szabályozza. Fontos dogmatikai értéke van a végrendelet értelmezésének is. Az értel-

mezés művészete a jog támasza és talpköve, ezt a művészetet pedig a rómaiak a testamentum tanában fejlesztették ki. Ha Puchtának igaza van abban, hogy a tudomány magva a controversiákban van, akkor az örökjog a római jognak legtudományosabb, mert a legtöbb és legnagyobb controversiákkal saturált része. Az örökjog maga annyi controvers kérdést mutat fel, mint a jog többi része együttvéve.

A római örökjog gyakorlati fontossága abban van, hogy a modern örökjogok a rómainak alig állnak kevésbé befolyása alatt, mint a jognak az a része, a melyről elismertetik, hogy merőben római, t. i. a kötelmi jog. Az igaz, hogy az intestat öröklés a törvényes örökségi rész rendszere a modern jogokban sok tekintetben eltér a rómainál, de ezenkívül minden egyéb római. A testamentum fogalma, annak kialakítása, tartalma alakilag a római. A heres és a legatarius, a testamentum és a codicillus közti különbség, az egész köteles rész tana, az örökös jogállása a legatariussal és a hitelezőkkel szemben mind mai napig a római. És ezért a római örökjog a mai örökjogok forrása és mérték a modern jogok kritikájára.

157. §. Az örökjog fogalma és rendszerbeli állása.

A modern systematika a magánjogot mintegy 100 év óta dologi, kötelmi, család- és örökjogra osztja fel. Megszokták, hogy ezekről mint subiectiv jogokról beszéljenek. Hogy ezeknek a subiectiv jogoknak a karakteristikus tárgya miben áll, arra nézve a nézetek eltérőek, de sehol sem térnek el egymástól annyira, mint abban a kérdésben, hogy a subiectiv örökjog miben áll és hogy viszonylik a többi subiectiv joghoz. Az 50—60-as évekig uralkodó volt az a meghatározás, hogy az örökjog subiectiv jog, melynek tárgya az elhunyt vagyonjogi személyisége. Ezt a definitiót már Hugo Grotius is felállította. Windscheid volt az első, a ki ez ellen a definitio ellen sikra szállt, de azért még ma is kísért. *Successio in personam defuncti*, ez volt a meghatározás, és ez még a legújabb könyvekben, így Sohmnál is található. Pedig ez csak poesis. Az ember személyisége annyit tesz, mint az ő jogképessége. Ez pedig az ember születésével kezdődik, halálával bevégeződik, abba belelépni nem lehet. Leibnitz skatulyatheoriája szerint persze mi mindnyájan Ádám személyiségébe léptünk, mert anima est immortalis. Ez képlet, a melyet az sem tesz realissá, ha a személyiségbe lépés helyett azt mondjuk, hogy az elhunyt vagyonjogi személyiségébe léptünk. Vagyonjogi személyiség aequale vagyonjogi jogképesség. Egyszerűen személyiség alatt is ezt kell értenünk, mert hiszen az természetes, hogy az örökös nem eadem persona, nem férje az özvegynek, nem apja az árváknak. A források in locum defuncti lépésről beszélnek, a mi körülbelül ugyanaz a képlet. Képlettel azonban magyarázni nem lehet.

Windscheid a maga részéről azt a definitiót állítja fel, hogy

az örökös jogot szerez az örökhagyó *vagyonára, mint egészre*, és ez a mai napig uralkodó felfogás. A német polgári törvénykönyv is úgy beszél: in das Vermögen als Ganzes, Teleszky javaslatának szóhasználata is ez volt. De ha alaposan szemügyre vesszük, ez sem nagy haladás. E szerint az örökösnek eddigi jogain kívül volna még joga az elhunyt vagyonára mint egészre. Ha mi tehát az egyes jogokat, a melyek az örökösre átmentek, leltároznók, akkor az öröklött sétaboton való tulajdonjog, az átszállt követelési jogokon stb. kívül külön jogot kellene felvennünk az elhunyt vagyonára, mint egészre is. Ezt pedig nem lehet. Vagy azt kell mondanunk, hogy az örökös az elhunyt vagyona, mint egész, de akkor nem lehet mondani, hogy az egyes jogok az övéi, vagy az egyes jogokat nyeri, de akkor nem beszélhetünk jogról a vagyonra, mint egészre. Az örökösnek és abban mindnyájan megegyeznek, nincsen kétféle vagyona, az ő régi vagyona és az öröklött vagyon, az öröklött vagyon, ezt mind elismerik, beolvad az övébe. De ha így, akkor nem lehet mondani, hogy az örökösnek, a ki ép az által örökös, hogy a hagyatéki vagyon megszűnik és az övébe olvad, joga volna arra a vagyonra, a mely megszűnt.

Hogy mi tehát a tárgya a subiectiv örökjognak, erre sem a régi theoria, sem a Windscheide nem ad kielégítő feleletet. De már maga az a kérdés is, hogy mit értünk örökjog alatt subiectiv értelemben, rendkívül vitás. Értünk alatta többfélét. (54. l.) Értjük / alatta először is a közbeszédben azt a kilátást, hogy valamikor esetleg örökölni fogok. Így azt mondjuk pl., hogy a gyermeknek örökjoga van az apja után. Jogilag persze ez nem örökjog. Jogilag a gyermeknek csak lesz örökjoga, ha majd az apa meghal. Ez a szóhasználat tehát helytelen. Értik másodszor örökjog alatt a ius 2 succedendit, vagy más kifejezéssel a ius acquirendit, ius hereditatis adeundit stb. Ilyen értelemben örökjog az a lehetőség, hogy valaki, ha akarja, most már örökös lehet. Ez a helyzet, hogy rajta áll, tisztán egyoldalú nyilatkozat által az örökséget elfogadni, ez az örökjognak gyakori értelme. Az bizonyos, hogy ez a positio gyakran igen értékes, ez fix jogi helyzet, a mely bizonyos határokon belül még successiónak is lehet tárgya. Ha a delatus meghalt, mielőtt az örökség elfogadásáról nyilatkozott volna, bizonyos körön belül ez a delatio, ez az elfogadási lehetőség transmittálódik az ő örökösseire is. Ez igaz. De hogy ezt subiectiv jognak nevezhetjük-e, hogy az örökjog különösen ebben, főképen ebben, vagy kizárólagosan ebben állana, az már más kérdés. Csak ebben nem állhat a subiectiv örökjog, mert vannak személyek, a kik örökösök, a kiknek örökjoguk van a nélkül, hogy az ő számukra ilyen értelmű örökjog előállt volna, a kik örökösök, akár akarják, akár nem. Ezek az ú. n. necessarius örökösök. Ezek a legerősebb örökösök, pedig nincs iusuk ad succedendum, az örökhagyó halálával ipso facto rájuk száll az örökség. De még a heres voluntarii-nél, a kik a számukra megnyílt, a nekik deferált örökséget csak úgy kapják meg, ha

elfogadják, sem lehet ezt a positiót, a megszerzési lehetőség helyzetét a subiectiv örökjognak venni. Ilyen megszerzési lehetőségek, ilyen positiók a jog más területén is vannak. Mindenki lehet abban a helyzetben, hogy res nulliust occupáljon. Mindenki a res nulliussal szemben abban a helyzetben van, a melyben a delatus van az egész hagyatékkal szemben. Mért nem mondjuk tehát, hogy mindenkinek occupationalis joga van. Vagy szerződéskötésnél, az ajánlattal szemben szintén oly helyzetben vagyok, hogy csak tőlem függ, hogy az elfogadom szóval jogot szerezzek. A megajánlott személy, az oblatus ugyanolyan helyzetben van, mint az örökjog terén a delatus. Neki szerzési lehetősége van, a mely azelőtt nem volt meg s a mely rajta kívül másnak nincs. Mindazonáltal mi mégsem beszélünk a megajánlott személy elfogadási jogáról, mint külön subiectiv jogról. Már pedig, ha az örökség elfogadhatását külön subiectiv jognak vesszük, a mint teszi Köppen strassburgi tanár és Brinz is az ő pandektáiban, akkor ezeket az eseteket is annak kellene vennünk. Ott sem tesszük, itt sem tehetjük. Ellenünk lehetne azonban vetni, hogy hát akkor hogy vagyunk a halászati és a vadászati joggal. Vajjon ez abban áll-e, hogy az összes vad, a mely az illető területen van, a tulajdonom? Nem, mert hiszen a szabad vad res nullius, senkié. Miben áll tehát vadászati subiectiv jogom arra a vadra? Semmiben, nekem a vadra egyáltalában nincs subiectiv jogom, nekem csak kizárólagos jogom van vadászni, halászni, nekem tilalmi, negatív jogom van, hogy ott senki se vadászson, halászson azon a területen. A vadra magára semmi jogom sincs, míg nem occupálok.)* Örökjog alatt harmadszor a qualitást, mint Unger mondja: das Erbe sein, értik. E szerint az örökjog ép oly statusjog, mint az, hogy én X.-nek apja vagy férje vagy gyermeke vagyok. Szóval az, hogy én örökös vagyok, e szerint személyes minőségnek a kifejezése. Annyi tény, hogy a hereditatis petitio a per eminentiam örökjogi perben első sorban arra megy, hogy felperes örökösnek elismertessék. Csakhogy a tulajdoni perben is az a petitum, hogy a bíró felperest elismerje tulajdonosnak, de azért a tulajdonjog még sem statusjog, és ép oly kevésbé statusjog az, hogy én A.-nak az örököse vagyok. Azután még annak az elismerése, az az öntudat, hogy én a lónak vevője, tulajdonosa vagyok, vagy hogy én örökös vagyok, ez maga subiectiv jog nem lehet, ebben a tudatban nem háborithat senki, ez védelemre nem alkalmas és védelemre nem szorul. Az inane nomen heredisre, mint a rómaiak mondják, a mai jogban fabatkát sem adnak.

*) A 236. lap 12. sorában félreérthetően az van, hogy a vadászati jog nem abban a lehetőségben áll, hogy occupatióval a vad tulajdonát megszerezzük. Ez úgy értendő, hogy míg perceptio által csak az usufructuarius szerzi meg a gyümölcs tulajdonát, más hiába percipálja, addig a halászatnál nemcsak a halászati jog alanya nyeri az occupatióval a vad tulajdonát, hanem más is. Ugyanott (25. sor) az actio furti a condictióval fel van cserélve.

4. J. W. Müller

Ertik negyedszer subiectiv örökjog alatt az örökösnek a posi-
 tióját az egész hagyatékkal szemben, az örökösnek a jogát magára
 a hagyatékra, a hagyatéki vagyponra. Értetik tehát az a jogi állás,
 a melyet az örökös nyer, tehát mindazok a hatalmi lehetőségek a
 melyeket neki a hagyatéka nyújt. *Ius heredis, hereditarium* az a ki-
 fejezés, a melyet erre az értelemre használnak. Csakhogy az örökös,
 a ki az örökséget elfogadta, valójában nem egy jogot nyert a
 hagyatékra, hanem nyerte mindazokat a jogokat, a melyek a
 hagyatékban vannak, ezeken kívül pedig nem nyert semmit. Két
 alternativa között választhatunk. Vagy azt kell mondanunk, hogy
 az örökös nem az egyes jogokat öröklí, hanem valami sui generis
 jogot, a melyet örökjognak nevezünk, és a melynek tárgya más,
 mint az egyes jogok, vagy pedig azt az álláspontot kell elfoglal-
 nunk, hogy az örökös az elhunytak összes jogait és kötelezettségeit
 nyeri el. Az első feltevésnek ellentmond a valóság, nem marad
 tehát más hátra, mint annak elismerése, hogy ilyen sui generis, új
 jog számára hely nincs. Az örökösnek, qua olyannak, csak azok a
 jogai vannak meg, a melyek már az elhunytak megvoltak. De ha
 így, akkor az örökjognak nincs tartalma, akkor az örökjog nem
 tartalma által különbözik a többi jogtól. Az örökjog nem egyéb,
 mint az a szerzési tényalap, a melynél fogva az örökös azokat a
 jogokat nyeri, a melyek már az örökhagyónak megvoltak. Az örök-
 lés csak titulus, de nem jog, és ha az öröklési keresetet megindí-
 tók, akkor nem sui generis más jogot érvényesítek, hanem örök-
 hagyóm jogait. A hereditatis petitio a rei vindicatiótól nem tartal-
 mában, hanem titulusában különbözik. Hogy ez a római felfogás,
 mutatja Gaius és Iustinianus berendezése. Miután az institutiók
 második könyvének első 9 titulusában az egyes jogok singularis
 adquisitiójáról beszél, a 10. titulusban az universalis successiókra
 tér át. Ilyen először az öröklés (II. 10—III. 9.), (III. 11.) azután az
 arrogatio (III. 10.), az addictio bonorum libertatis causa, a bonorum
 emptio (III. 12.) és a SC Claudianum (III. 12.) esete. Az arrogatio (sui
 iuris embernek gyermekkefogatása) esetén az arrogatorra az arro-
 gálnak összes jogai és kötelezettségei átszállnak. (A iure civili
 megszűnt kötelmek is átszállnak iure honorario.) Az universalis
 successiónak másik esete, hogy, ha az örökös az örökséget elfogadni
 nem akarja, a végrendeletben felszabadított rabszolgák, felszabadu-
 lásuk érdekében kérhetik a hagyatéknak, vagyis az örökhagyó
 összes jogainak és kötelezettségeinek, az ő kezükhöz való oda-
 itélését. A bonorum emptor az, a ki valakinek összes jogait és kö-
 telezettségeit megveszi, a ki tehát az eladást szenvedettnek univer-
 salis successora. (Perelhet az actio Serviana-val, qua agit se fictum
 heredem esse.) Milyen joga van ennek a bonorum emptornak?
 Megvannak mindazok a jogok és kötelezettségek, a melyek eddig
 a csődbe jutottnak megvoltak, de külön subiectiv joga nincs. Az
 universalis successiónak Iustinianusnál említett utolsó esete a

di a l u m . . .

SC. Claudianum, a mely szerint valamely rabszolgával ismételve fajtalankodó szabad nő elveszti vagyonát a rabszolga gazdája javára. Ez tehát megnyeri a nő összes jogait és kötelezettségeit, de külön subiectiv jogot nem nyer.

Az öröklés csak titulus, de nem külön subiectiv jog. Ez a mi nézetünk, de nem ez az uralkodó felfogás. Az uralkodó nézet az, hogy külön sui generis örökjog van, a mely tartalmilag más valami, mint a hagyatékban benn lévő egyes vagyonjogok. Jelesül vannak, mint láttuk, először, a kik azt mondják, hogy az örökjog tartalma az, hogy nekem absolut jogom van az elhunyt személyiségén, vagyonjogi személyiségén, vagy Keller szerint oekonomikus személyiségén. Ennek első képviselője Puchta. Lassale könyvének pedig egyenesen az a tartalma, hogy az öröklés a római halhatatlanság. Szerinte az örökösnek joga van arra, hogy az elhunyt akaratját folytassa. Az elhunyt akarata beleszáll az örökösbe (Leibnitz-theoria). Ennek megfelelően mindenki a maga dolgát iure proprio, a többi dolgokat pedig, mint az örökhagyó képviselője, mint procurator in rem suam birná. (Leibnitz így mondja is.) Mindezekkel szemben a valóság az, hogy az elhunytnek a személyisége nem folytatódik, mert különben mindaz, a mi az örökhagyó személyiségére áll, átszállna az örökösre is, így a jog és cselekvőképesség stb. Ezt azonban a római jog nem tartja. A személyiség átszállásából következtetni nem lehet, ez üres fictio, bár annyira kedvelt, hogy frásisképen ma is élnek vele, így Sohm, Zsögöd és mások.

A második, elterjedtebb nézet, a melyet szintén már érintettünk, azt tartja, hogy az örökösnek miután az örökséget elfogadta új, sui generis joga van, melynek tartalma egy universitas. Joga, még pedig absolut, vagy mint mások (helytelenül) mondják, dologi joga van az elhunytnek vagyonán, mint absztrakt, testetlen dolgon. Régebben ezt úgy fejezték ki, hogy dominium hereditatis-e van. Újabban Pfaff és Hoffmann jeles kommentárjukban az örökjogról szintén ezt védik. Az örökös mindenkivel szemben védett jogot nyer, a melynek tárgya a vagyon mint egész. Ez benne van a német polgári törvénykönyvben is. Ez az uralkodó nézet, a mely súlyt helyez arra, hogy meg kell különböztetni a vagyont mint egészet az egész vagyontól. Az örökös megnyeri az elhunyt vagyonát mint egészet, ha nem is az egész vagyonát. Neki megvan a vagyon mint egész, ha nála semmi sem marad is az inane nomen heredisén kívül. Csakhogy ezt a gondolatformát következetesen keresztül-gondolva azt kellene mondani, hogy nekem vannak tulajdonjogaim stb., követelésem stb., és ha most örökölok, akkor ezekhez hozzájárul az új absolut jog az elhunyt vagyonán, mint egészen. Van tehát két vagyonom: a saját vagyonom, a mely nekem mint egész nincs meg, mert hiszen a saját vagyonomom nincsen sui generis jogom és van ezenfelül absolut jogom az örökölt vagyonon, mint egészen. De hát miért nincs külön absolut jogom a saját vagyonomom, mint

egészen, ha van az öröklött vagyonon? A saját vagyonom kevésbé az enyém, mint az öröklött? Ez az uralkodó theoria ellen az első ellenvetés. Másodszor pedig, ha öröklök, akkor nekem nem két, hanem csak egy vagyonom van, mert az öröklött vagyon confundál régi vagyonomba, különállása per confusionem megszűnik. Ha pedig így, akkor nincs meg ez a külön vagyon, a mely mint egész a jog tárgya lehetne. A források nem is azt mondják, hogy az örökös in universum lép, hanem per universum, nem egyes actusokkal nyeri el az örökhagyó összes jogait és kötelezettségeit. Arra az eredményre jutottunk tehát, hogy úgy beszélni, hogy a hereditatis petitióval nem a hagyatéki lovat stb., hanem a vagyont mint egészet követelem, szintén metaphysikus valami. Helypótlója ez oly igazságnak, a mely végig nincs gondolva. Mert a józan igazság az, hogy az örökös megszerzi az elhunynak mindazon jogait és kötelezettségeit, melyek az örökhagyó halálával meg nem szűnnek vagy rajta kívül másra nem szállanak. Windscheid, a ki pandektái első kötetében ezt a megczáfolt nézetet képviseli, hogy t. i. az örökjog tárgya a vagyon, mint testetlen dolog, a harmadik az örökjogról szóló kötetben ezt a nézetet visszavonja. Ő így fejezi ki az örökjogot: Die rechtliche Stellung, in welcher sich der Erbe befindet, kann man Erbrecht nennen. Az a positio tehát, hogy ő succedált azokba a bizonyos jogokba és tartozásokba, volna az örökjog. Ez azonban a jog szónak nem technikus értelemben történő használata, itt az örökjog kifejezés csak rövid megjelölése az örökös helyzetének. Noha tehát az örökjog nem sui generis tartalmu jog, nem is jog, hanem csak rövid kifejezése az örökös helyzetének, mi is használni fogjuk. Ha mi tehát az örökjog keletkezéséről, változásáról és megszűnéséről beszélünk, akkor ez alatt az örökös jogi helyzetének keletkezését, változását és megszűnését kell érteni.

Az örökös helyzetével kapcsolatban praktikus okoknál fogva szokás az ú. n. hagyományi jogot is előadni. Az alkalom ugyanis, a melyből a hagyományi jog praktikussá válik ugyanaz, mint az örökjog praktikussá válásának az alkalma, t. i. valakinek a halála. Mind a kettő capio mortis causa. De ez egy szemponton kívül a hagyománynak az örökléssel együtt tárgyalása mellett más semmi sem szól, sőt minden ellene szól. Míg az öröklés universalis, addig a hagyomány csak singularis titulus. De a két anyagnak kapcsolatos tárgyalása a most uralkodó előadási rendszerekben annyira divó, hogy mi is az örökjog után adjuk a hagyományi jog (jog, lucus a non lucendo) rövid vázlatát.

158. §. Az örökös jogai és köteleességei.

Az örökös jogai és kötelezettségei együtt adják az örökös helyzetét, a helytelenül úgynevezett örökjogot. Örökös szóval itt azt jelöljük, a ki már elfogadta az örökséget. (Örökösnek neveztetik a

közéletben igen zavarólag az is, a ki majd valakinek a halála után örökölni fog, továbbá az is, a kinek az örökség deferálva van, a kin tehát múlik, vajjon elfogadja-e az örökséget vagy sem, végül az is, a kit mi itt annak mondunk, t. i. a ki az örökséget már elfogadta.) Ennek az örökösnek a helyzete az, hogy azok a vagyon-jogok, a melyek az örökhagyó halálával tételes intézkedésnél fogva meg nem szűnnek, és a melyek az örökhagyó intézkedésénél fogva sem szállnak át közvetlenül másokra, mindezek a jogok átszállanak az örökösre. De nemcsak a subiectiv. jogok szállnak át, a melyek már azok, hanem bizonyos jogi positiók is, a melyek subiectiv jogoknak még nem nevezhetők. Pl. a condicio usucapiendi. Az örökhagyó meg- és átvett oly dolgot, a mely nem volt az eladóé. Ezzel az átvétellel tudvalevőleg tulajdont nem szerzett, de 3 év alatt a dolgot elbirtokolja. Két év múlva azonban meghal, a mivel, mint tanultuk, az elbirtoklás meg nem szakad, hanem az örökösnél folytatódik. Itt nem lehet mondani, hogy a tulajdonjog száll át az örökösre, hanem csak a lehetőség az elbirtoklásra száll át, successio in usucapionem történik. Hasonló az eset, ha feltétel alatt szerzett jog száll át az örökösre. Nem lehet mondani, hogy az örökös már a jogot szerzi, ő csak azt a függő helyzetet szerzi meg, hogy esetleg megszerzi a jogot, esetleg nem. Az örökösre tehát úgy lehet mondani, az összes activ jogviszonyok átszállanak, a melyekben az örökhagyó állott, kivételével azoknak, a melyek az örökhagyó halálával megszűnnek. Nem az összes jogok transmissibilisek, vannak ú. n. legszemélyesebb jogok, a melyek intransmissibilisek. Ezeket itt egyenként kimeríteni nem lehet, maguknál az egyes jogoknál szokás meghatározni, átszállithatók-e vagy sem. Ott láttuk, hogy vannak át nem szállitható dologi jogok, pl. a személyes szolgalmak, ép úgy, mint kötelmek, pl. az actiones vindictam spirantes. Ez utóbbiak olyan obligatiók, a melyek nem tartalmuk által vannak specificálva, hanem céljuk által, a mely abból áll, hogy a felperes moralis satisfactiót kapjon. Ilyen az actio de calumniis, az actio de effusis et deiectionis, az actio iniuriarum, a querela inofficiosi testamenti. Elégtételadásnak, morális satisfactiónak csak a sértettel szemben van értelme, ha ez meghal, sértett híján elégtételnek sincs helye. Nem transmissibilis, továbbá maga a delationalis helyzet sem. Az a helyzet, hogy az örökség nekem deferálva van, velem együtt megszűnik. Ha A.-t kinevezem örökösül, de ő is meghal, mielőtt az örökség el- vagy el nem fogadásáról nyilatkozott volna, akkor ez a helyzet az A. örököseire nem száll át, nekik az örökség nem deferáltatik. Intransmissibilisek a személyes privilegiumok is. Ilyenek továbbá az olyan követelések is, melyeknek már tárgyuk olyan, hogy csak bizonyos személynek szolgáltatandók, pl. tanítási vagy cselédviszony. Ezek többnyire vagy igen sokszor csak bizonyos személynek javára állnak fenn, ép úgy mint passive is csak bizonyos személyt terhelnek. Nem száll át

továbbá a birtok sem. Azok, a kik, mint mi is a birtokot jognak mondják, át nem örökíthető jognak, személyhez fűződőnek kell mondanunk, holott azok, a kik a birtokot csak physikai helyzetnek nézik, az át nem örökíthetőséget magától értetődőnek adják elő. Azt, hogy a birtok át nem száll, a források expressis verbis mondják. Ha a hagyatékából valamely dolga, a mely az elhunyt birtokában volt, másnak birtokába kerül, az örökös ettől a mástól a dolgot önhatalmúlág el nem veheti, a mit pedig megtehetne, ha az elhunyt birtokjoga rá átszállt volna. Hogy ez praktikus-e, ez már más kérdés. Az újabb törvényhozások közt néhány a római joggal szakítva átszállítja a birtokjogot is. Így teszi a német polg. tk. is, a mi javaslatunk is.

A törvény erejénél fogva az elhunyt halálával megszűnő és a per legatum másra átszálló jogokon kívül minden egyéb jog az örökösre száll át. Némely jog azonban úgy száll át az örökösre, hogy per confusionem mindjárt meg is szűnik. Az örökös tartozása az elhunyttal szemben, ennek biztosítására adott zálogjog, az elhunyt szolgálma örökös dolgán, átszállnak az örökösre, de az által, hogy átszállnak, mindjárt meg is szűnnek.

Az örökös jogainak tanánál sokkal nehezebb az a tan. a mely az örökös kötelezségeivel foglalkozik. Az örökösre tudvalevőleg az elhunynak nemcsak jogai, hanem kötelezettségei is átszállanak. Ezek az igazi örökösi kötelezettségek. De az örökösöknek kötelezettségei nemcsak ezek, hanem vannak oly kötelezettségei is, a melyek az elhunytat nem terheltek, a melyek az örökösi minőségből folynak pl. a hagyományok, ezek az örökös személyében keletkező tartozások. Hasonlóan az örököst terhelő modus is. Ezekről a végrendelet esetében előforduló kötelezettségektől eltekintve vannak olyanok is, a melyek ex lege keletkeznek, pl. a temetéssel, a leltározással járó kiadások megtérítése. Mindezek a tartozások nem az örökhagyótól szállnak rá az örökösre, hanem az ő személyében jönnek létre. Az örökös kötelezettségei tehát két csoportba oszthatók: az örökhagyótól átszállt tartozások és olyanok, a melyek az örökösnél in sua persona keletkeznek.

Az első kérdés tehát, mennyiben felel az örökös az örökhagyó hitelezőivel szemben? Valamint az örökhagyó jogai szabály szerint áthárulnak az örökösre, úgy szabály szerint a tartozások is átszállnak. Hiszen az egész öröklésnek később az a főcélja, hogy az elhunyt hitelezőinek legyen valakijök, a ki ellen fordulhassanak, a ki régi adósuk helyébe lép. De a mint vannak legszemélyesebb jogok, a melyek az örökösre át nem szállnak, úgy vannak ilyen kötelezettségek is. Ilyenek először az obligationes (római nyelven actiones) poenales. Obligatiók, melyeknek célja egyik oldalon satisfactiót nyújtani valami sértésért, a másik oldalon pedig malummal való sújtás. In poenam nulla successio est, in poenam heres non succedit. A delictumból eredő actio poenalistól

meg kell különböztetni az abból származó rei persecutorius kártérítési kötelmet. Ha valaki ellenem delictumot követ el, ennek első sorban az a következménye, hogy a kárt helyre kell állítania, és csak másodsorban keletkezik a birság kötelme. Ez utóbbi a delictumot elkövető halálával megszűnik, a kártérítési kötelem nem, ez átszáll az örökösre, mert ennek nem az a célja, hogy malo infligatur, hanem hogy a kárt megtérítse. A rómaiak nem így fogták fel. A római juristák az ex delicto származó kártérítési kötelmet is úgy fogták fel, mintha poenalis volna. A rómaiak szerint ez is megszűnik a delinquáló halálával, hacsak a delictum által a delinquáló vagyona nem gyarapodott. Így az actio doli, az actio quod metus causa, az interdictum de vi, a rei vindicatio a fictus possessor ellen, a melyek mind rei persecutoriae actiones ex delicto, római felfogás szerint legszemélyesebbek és így csak annyiban szállanak át az örökös ellen, a mennyiben a hagyaték és így tehát az örökös is gazdagodott. Arra a kérdésre tehát, hogy az obligationes ex delicto mennyiben szállanak át, felelet az, hogy az obligationes poenales feltétlenül megszűnnek, az obligationes rei persecutoriae pedig csak annyiban szállanak át, quantum ad heredem perveni. Ez a római felfogás, a melynek igazságtalansága szembeszökő. A kánonjogi bíróságok, a melyek a római jogot a maguk felfogása szerint applicáltak, helyreállították a helyes szabályt mondván, hogy az ex delicto actio persecutoria teljesen átszáll a delinquáló örökösöire. Ezt a kánonjogi szabályt az olasz glossatorok és post-glossatorok praxisa ismét megváltoztatta. Szerintük az örökös az ex delicto kártérítési kötelmekért nemcsak gazdagodása erejéig felel ugyan, de nem is felel korlátlanul, mint azt a kánonjogi szabály tartja, hanem felel a hagyaték erejéig. Azaz, míg minden más obligatioért az örökös a saját zsebéből is felel, addig a kártérítési ex delicto kötelemért csak ad vires hereditatis. Vegyük a következő esetet: A.-nak commodatumba vagy bérbe adom a dolgomat. A. a dolgot dolosusan vagy culposusan tönkre teszi. Ezért ellene kétféle keresetem, még pedig mindkettő kártérítési, támad. Élhetek az actio legis Aquiliaevel, a mely ex delicto származik, és élhetek a contractualis keresettel, az actio commodati directával, illetőleg az actio locatival. A két actio concurrál egymással, a cselekmény, a melyből keletkezik egy, célja is egy, t. i. kártérítés és mégis különbséget tesz köztük a praxis, a mennyiben az actio legis Aquiliae az örökösökre csak ad vires hereditatis száll át.

Az actiones poenalesen kívül vannak más obligatiók is, a melyek az örökösökre át nem szállnak. Ilyenek a nem helyettesíthető obligatióból származó tartozások. Színész, tanító, festő szerződése nem köti örökösét is, a tanító örökösétől, még ha tanító is, nem követelhetem és nem is követelem, hogy az elhunyt helyett ő tanítson s i. t.

Ezeztől eltekintve, minden más kötelezettség átszáll. Csakhogy

*poenalis
delict*

itt is lehetséges, ép úgy mint a jogok átszállásánál, hogy mikor a kötelezettség átszáll, abban a pillanatban egyszersmind per confusionem meg is szűnik. Ha a hitelező örökösévé válik az adósnak, akkor a tartozás átszáll ugyan, de mindjárt meg is szűnik. Minden más esetben a tartozás átszáll az adóstól az örökösre és ott is marad. Már mostan ezekre az örökösre átszálló és nála meg nem semmisülő tartozások tekintetében mennyiben felel az örökös? Ez rendkívül nehéz kérdés. Complicált de lege lata, nehéz de lege ferenda. A római jogban e kérdésre nézve két korszakot kell megkülönböztetnünk: a Iustinianus előtti és utáni kort. Mert Iustinianusnak erre vonatkozó reformja a *beneficium inventarii* annyira mélyreható volt, hogy az örökösnek nemcsak a jogállása, hanem a karaktere is megváltozott. Iustinianus előtt a szabály az, hogy az örökös a rá átszálló tartozásokért teljesen úgy felel, mint maga az örökhagyó, mintha tehát saját tartozásai volnának. Felel tehát az egész vagyonnal, minthogy pedig az örökösnek csak egy vagyona van, a melybe a hagyaték is beleolvad, a szabály az, hogy az örökös úgy a saját zsebéből, mint a hagyatékból is tartozik az örökhagyó hitelezőit kielégíteni. Iustinianus óta azonban, ha a kellő gondossággal élt, ha az inventariumot felvette, akkor a saját zsebéből nem felel, úgy hogy ő az örökhagyónak csak felszámolója, liquidatora. Az örökös nem lép az örökös helyére, őt nem terhelik az elhunyt kötelezettségei, ő csak legombolítja a hagyatékot, és csak a mi ez után fennmarad, a tiszta activum, lesz az övé.

Arra a kérdésre különben, hogy az örökös az örökhagyó adósságaiért hogy felel, háromféle válasz képzelhető. Az egyik az, hogy felel az egész vagyonnal, beleértve a vagyonba az örökhagyó hagyatékát is. Másodszor képzelhető, hogy csak korlátozottan felel, még pedig a hagyaték erejéig: ad vires hereditatis, obligatióban csak a hagyaték erejéig van. A harmadik megoldás, hogy egyáltalában nem felel, hanem felel maga a hagyaték, ő maga csak liquidálja a hagyatékot. Ez esetben a hitelezők tőle semmit sem követelhetnek, csak azt, hogy ossza fel köztük a hagyatékot, nem ad vires, hanem cum viribus hereditatis felel. Azt, hogy ő cum viribus hereditatis felel, vagy hogy ő maga nem, hanem csak a hagyaték felel, az ugyanaz. In idea tehát ez a háromféle megoldás képzelhető, és a római jog ismeri is mind a hármat. A principalis megoldás, a melyet a klasszikus jog felmutat, a korlátlan felelősség. Az örökös, ha egyszer elfogadta (nem kell, hogy elfoglalta) az örökséget, ép úgy adósa lesz az örökhagyó hitelezőinek, mint a hogy adósuk volt maga az örökhagyó. Ez az álláspont eminenter a hitelező érdekeinek szolgál, mert a mennyiben csak lehető, közömbössé van téve a hitelezőnek, hogy az elhunyt-e az adósuk, vagy más lép-e a nyomába. Egész kétségtelenül kimondják a források, hogy az örökös még akkor is kötelezve van a hitelezőknek, ha a hereditas nem solvens, hanem több benne az adósság, ú. n. hereditas damnosa.

Ezen álláspont mellett az örökös, mielőtt az örökséget elfogadja, ha egész vagyonát kockáztatni nem akarja, jól meg fogja nézni, nem *damnosa-e* a hereditas? Ha igen, nem fogadja el. És tényleg a praxisban ez a rendezés nem olyan veszélyes, nem olyan méltánytalan, mint a milyennek látszik. A legtöbb esetben az örökös nem fog ráfizetni a magáéból. Hogy az örökös erről előzetesen meggyőződhesse, bizonyos időre van szüksége, a mely alatt magát az örökség állása felől tájékozhasa. Ebből a célból megkapja az ú. n. *spatium vagy tempus deliberandi*, a mely a rómaiaknál 9 hónapnál tovább nem szokott terjedni, csak a császár terjesztette ki néha 1 évre. Ez idő alatt kell tájékozást szereznie, hogy mennyi az *activum* és mennyi a *passivum*. Ez idő után jelentheti ki azután, hogy az örökséget elfogadja (azt, hogy visszautasítja, nem kell kijelentenie). Hogy szerzi meg azonban az örökös a tájékozást. Per absolutum biztos tájékozást, és ez ebben a rendezésben a veszélyes pont, nem szerezhethet. Ő közzéteheti, hogy a hitelezők jelentkezzenek, de ez a hitelezőket nem kötelezi. Ezért a modern törvénykönyvek, a melyek a római jognak ezt az elvi álláspontját elfogadták, segítenek az örökösön a *convocatio creditorum* intézményével. Megadják az örökösnek azt a jogot, hogy a hitelezőket ép úgy, mint a csőd-eljárásban összehívhasa azzal a sanctióval, hogy ha nem jelentkeznek, a hagyatékából való kielégíttetés jogát elveszítik. Ezt a porosz Landrecht mintájára az új német polgári törvénykönyv is acceptálta, a mi hazai jogunk azonban nem ismeri. Nálunk is összehívhatja az örökösöket, csak hogy ez őket nem kötelezi, a meg nem jelent hitelezők nem *praecludat*nak. A római jogban az örökhagyó védelmére más intézmény volt, t. i. mielőtt az örökséget elfogadta, egyezkedett a hitelezőkkel, de persze csak az előtte ismereteseikkel. Szokásos volt továbbá a *mandatum* intézménye is, a hitelezők megbízták az örököst, hogy vegye át az örökséget, a minek fejében garantálják, hogy kára nem lesz. Ezek az intézmények azonban mind lyukasak, mert utólag jöhetett eddig nem jelentkezett hitelező és semmivé tehetett mindent. Ez az az állapot, a melyet a római klasszikus jog felmutat.

A második képzelhető álláspont az, hogy csak a vires hereditatis, maguk a hagyatéki javak a hitelező kielégítésének substratuma, az örökös nem felel a saját zsebéből, hanem felel a hagyaték, vagy más szóval az örökös a hagyatékkal felel. Ezt az elvet a római jog a *beneficium separationis* által valósította meg. Az örökös korlátlan felelőssége a hitelezőnek csak akkor van érdekében, ha az örökös maga vagyoniilag jól áll, de már az eladósodott örökösnél a korlátlan felelősség a hitelező helyzetét rosszabbítja. Tegyük fel, hogy a hagyaték *activuma* 50,000 frt, *passivuma* pedig 10,000 frt, vagyis a hitelezők magából a hagyatékából teljesen kielégíthetők. Ezzel szemben tegyük, hogy az örökös *activumai* 30,000 frt, *passivuma* 80,000 frt. Már most az öröklés által a hagyaték az örökös

vagyonába beleolvad, és így 80,000 frt activummal szemben 90,000 frt passivum áll. A hagyatéki hitelezők helyzete tehát a confusio által rosszabbodott. Ezért ilyenkor érdekükben áll, hogy a confusio bonorum be ne álljon, hogy nekik ne az örökös feleljen, hanem maga a hagyaték. Ebből a célból a praetor már a klasszikus időben megadta az örökhagyó hitelezőinek azt a beneficiumot, hogy vagyon-elkülönbözést kérhessenek. Ma azt mondanók, hogy zárlatot kérnek és az ilyenképen zárlatolt vagyon kizárólag az ő kielégítésükre szolgál. Másrészt azonban, ha a hagyaték elegendő nem volna, az örökös ellen nem fordulhatnak, ők csakis a hagyatékhoz tarthatják magukat. A beneficium separationissal tehát lemondanak a confusio-val járó előnyről is. Ezt a beneficiumot a praetor csak a hagyatéki hitelezőknek adta meg. A beneficium separationist a hagyatéki hitelezőnek az örökség megszerzésétől számított 5 éven belül kellett kérnie, de csak akkor, ha az elhunyt adósságai tekintetében az örökössel még semmi pactumot nem kötött, tehát nondum nomen heredis secutus fuit. Sem az örökös, sem az örökös hitelezői nem kérhetik. Pedig ez utóbbiaknak is érdekükben állhat a hagyaték elkülönzése, ha t. i. a hagyaték damnosa, holott az örökös vagyona activ. A modern törvényhozások egy része ezért nekik is megadja, a római jog nem. Ulpianus ezt úgy okolja meg, hogy az örökös hitelezője úgy is el lehet rá készülve, hogy az örökös új adósságokat csináljon, már pedig a damnosa hereditas elfogadásával sem tesz egyebet, mint hogy idegen tartozásokat vállal el.

A harmadik megoldási mód az, hogy az örökös az elhunyt adósságaiért az egész vagyonnal felel, de nem korlátlanul, hanem csak azon érték erejéig, a melyet a hagyaték képviselt. Ezt a megoldást érvényesíti Iustinianus reformja, a beneficium inventarii. Azt mondja Iustinianus, hogy ha az örökös bizonyos időn belül bizonyos módon, bizonyos formások megtartásával a hagyatékot leltározza, akkor az örökhagyó hitelezői ellene fordulhatnak ugyan, de nem korlátlanul, hanem csak ad vires hereditatis. A separatio bonorum esetében, a mikor az örökös cum viribus hereditatis felel, a hitelező keresetének petituma csak az lehet, hogy a végrehajtás a hagyatékra, pl. a házra vezettessék, a leltározás esetében már az, hogy az örökös fizessen, csak hogy ez ellen ennek meg az a kifogása van meg, hogy fizet ugyan, de a követelés a hagyatékot, tehát a ház értékét meghaladja, tehát csak annyit fizetek, a mennyi a ház értéke. Iustinianusnak ez a reformja végső pontja annak a lánczatnak, a mely már a császárság idejében kezdődött. Már Hadrianus és Gordianus császárok bocsátottak ki constitutiokat, a melyeknek az az értelmük, hogy ha az örökség elfogadása után oly hitelezők állanak elő, a melyekről az örökös nem tudhatott, akkor utólagosan szaladhat az örökségtől, in integrum restitutiót kérhet. Iustinianus ezt a fejlődést teljes következetességgel befejezi, mondván, hogy az örökös semmi esetre se legyen köteles többet fizetni, mint a mennyi

rámaradt, nem is kell in integrum restitutiót kérnie, csak az iránt kell gondoskodnia, hogy mindenki vel szemben bebizonyíthassa, hogy mennyi maradt rá. Ezt a bizonyítási eszközt formához köti a császár, és ez a forma a leltár. Egy hónapon belül az után, hogy tudomást szerzett arról, hogy az örökség rá megnyilott, meg kell kezdenie a leltározást. A rövid terminus igen természetes, mert, hogy a leltár hű legyen, hamar kell hozzáfogni. További két hó alatt be is kell fejeznie. Ez a leltározási idő valóságos kimélési idő az örökös javára, mert addig az örökség el- vagy el nem fogadásáról nem kell nyilatkoznia. Ha kellő időben és a maga módja szerint megcsinálja a leltárt, akkor az eredmény az, hogy az örökös nem más, mint a hagyatéknak liquidatora, a maga zsebéből nem fog fizetni. E mellett a beneficium mellett el van érve, hogy az örökség elfogadásával járó risiko kisebb és így biztosabb az elfogadás is. Biztosítva van a hitelező az ellen, hogy a hagyatéknak uratlan maradjon, a mi mint Gaius mondja, a régi időben gyakori volt. Most azonban felmerül a kérdés, vajjon ily módon még mindig universalis successio-e az öröklés? Nem lehet-e mondani, hogy már nem az, mert az örökös a kötelezettségeket csak korlátoltan veszi át? Nem, az öröklés továbbá is universalis successio, mert ez csak abban áll, hogy uno ictu szálljanak át az összes jogok és kötelezettségek, még ha megnyirbálva is. Az universalis successio nem in universitatem, hanem per universitatem successio. Ilyen eset az arrogatio esete is. Az arrogator a ius civile szerint az arrogatus kötelezettségét egyáltalában nem veszi át, úgy, hogy ius civile szerint ez nem is universalis successio, hanem csak universalis acquisitio. De már a praetori jog az arrogatiót universalis successióvá teszi, bár az arrogator ekkor is csak korlátoltan, az arrogator vagyona erejéig felel a kötelezettségekért. Más példa a bonorum emptio. A bonorum emptor is universalis successor, pedig ő a passivákat csak azon bizonyos % erejéig veszi át, a melyet az árverésen ígért. A korlátolt felelősség tehát ismételten vele jár a római joggal. Az örökös tehát a beneficium inventarii igénybe vétele esetén is universalis successor.

Iustinianusnak 531-ben kiadott constitutiója óta kétféle örököst kell megkülönböztetni: olyat, a ki leltárt csinált és olyat, a ki nem csinált, heres cum et sine beneficio inventarii. A beneficiumot nem kell kérnie az örökösnek, neki meg kell csinálnia a leltárt, ha t. i. akarja, de kérnie nem kell. Ez a jog minden örököst megillet. Ha leltárt nem csinált, akkor állása még rosszabb, mint hajdanában volt, rosszabb a hagyományok tekintetében. Ha pedig megcsinálja a leltárt, akkor az örökös jogállása ez: Első és leglényegesebb, azaz legfontosabb kriteriuma az örökösnek az, hogy a confusio bonorum voltaképpen be sem áll. A confusio főismérve az volt, hogy az örökhagyó és az örökös közt fennállott jogok és kötelezettségek megszűntek. Ez a leltározás esetében nem áll, az örökhagyó jogai és kötelezettségei a hagyatékkal szemben fenmaradnak, mintha a con-

fusio be sem állt volna. Ha én a hagyaték erejéig felelek, akkor hozzátartozik az a 10,000 frt is, a mivel én tartoztam a hagyaték-nak, viszont az én követelése is fenmarad irányában. A leltározás második hatása az, hogy minthogy a leltár készítésének a célja az, hogy az örökös tájékozást szerezzen magának a hagyatékból, a leltározás alatt kimelési idő van az ő irányában, addig perelni nem lehet. Ez a kimelési idő legfeljebb három hóig tarthat. Ez elkerülhetetlen intézkedés, a melyet az újabb törvényhozások mind acceptáltak. Ha a leltárt megcsinálta, köteles az örökséget elfogadni. A határidő leteltével jogosítva van az adósok ellen fordulni, másrészt még kötelezve van a tartozásokat kifizetni. Ezzel azonban nehéz problema áll elő. Míg Iustinianus előtt az örökös egész vagyonával felelt, nem merülhetett fel az a kérdés, hogy milyen sorrendben elégítse ki a hitelezőket. Már a beneficium inventarii folytán a hitelezők csak abból kérhetnek kielégítést, a mi rá maradt, csak fix összeghez tarthatják magukat. Ha ez a fix összeg egyszer ki van merítve, a ki ne nem elégített hitelezők számára a kielégítési alap örökre elveszett. Ezért fontos kérdés, hogy-hogy elégítse ki az örökös a hitelezőket? A méltányos eljárás az volna, hogy ép úgy mint ma a csődnél, a követelések aránylagosan elégíttessenek ki. Ez a porosz jog álláspontja, a melyet a német polgári törvénykönyv első javaslata acceptált és nálunk is újabbban curiai döntvény praktikussá tett. Csakhogy arra, hogy az örökös ilyen csődelvek szerint ossza fel a hagyatékot, először is az kell, hogy az ilyen eljárást ismerje és hogy működését a kellő sanctióval ellássuk. Ha többet adna az egyik hitelezőnek, ezért saját vagyonával szavatolna. Ilyképen annyi csődtömeggondnok volna, a hány örökös. Már pedig ez igen komplikált jogi és kereskedelmi ügyességet megkivánó eljárás. Az örököstől nem lehet megkivánni, hogy ennek a tisztnek megfelelően. Az örökös ettől való félelmében nem fogja elfogadni az örökséget vagy ha elfogadja, túlságos óvatosságból csődöt fog kérni, már pedig az igazi csődnek az eredménye az, hogy a hitelezők semmit sem kapnak. A római jog nem is ezt az álláspontot foglalja el, hanem azt mondja, hogy az örökös jogosítva van a hitelezőket, sőt a hagyományosokat is kifizetni, a mint egymásután jelentkeznek. A római jog csak annyit kíván még, hogy az örökös bona fide járjon el. Utólagosan a leltározás után jelentkező hitelezőket is, ha követelései esedékesek, úgy fizeti, a mint jelentkeznek. Csak bizonyos tételekre nézve állapít meg a római jog elsőbbséget. Ilyenek a temetési, a leltározási s általában a végrendelet publicatiojával járó költségek, továbbá a felszámolással járó követelések. Ezek az ú. n. előnyös tételek. Ha ezek számára az örökös elegendőt vissza nem tartott, akkor a sajátjából kell kielégítenie. Ezeket még akkor is a sajátjából kell kielégítenie, ha a hereditas teljesen damnosa. Ezeken a nem nagy összegű előnyös tételeken kívül a hitelezőket és hagyományosokat abban a sor-

rendben fizeti, a mint jelentkeznek. Ez azonban csak az örökösre áll, egymás közt a hagyományosoknak és hitelezőknek regressusuk van. Egymással szemben bizonyos rangfokozatban állanak. Vannak ú. n. privilegizált hitelezők, még pedig vagy törvénynél fogva vagy pedig zálogjog által biztosítva. Ezek előnyösebb hitelezők, szemben a többi, közönséges, chyrographarius hitelezőkkel. Az örökös semmi tekintettel sincs ezekre a rangfokozatokra, ő úgy elégíti ki őket, a mint egymás után jönnek. Már a hitelezők egymás közt tisztázhatják a helyzetet. Ha a nem privilegizált hitelező kap kielégítést, a privilegizált meg nem, akkor ez utóbbi az örökös ellen nem fordulhat, de fordulhat a kielégítést nyert nem privilegizált hitelező ellen. A hagyományos gyengébb hitelező a hagyatékinál, de azért az örökös jogosítva van a hagyományost kifizetni, ha ez előbb jelentkezett, csak hogy a hitelező azt, a mit a hagyományos kapott, külön perben elperelheti. Vagyis a római jog azt a rangsorozatot, a melyet pl. a porosz törvény az örökösre biz, az örökös vállairól leveszi és a hitelezőkre bizza, hogy ők tisztázzák maguk közt ezt a kérdést.

Ebben áll nagyjában a leltározás joghatása. E mellett az örökösnek egészen más az állása, mint a klasszikus jogban. Ez az állása az örökösnek nagyjában nem más, mint hogy ő a hagyatéki vagyon felszámolója. Ez azonban nem egészen igaz, nem épen a hagyatéki vagyonnak a felszámolója, mert ő nem cum viribus hereditatis elégíti ki a hitelezőket, hanem a saját vagyonából, persze csak ad vires hereditatis: ő csak azt az értéket osztja fel, a mely rája szállt.

Ez az itt leírt joghatás csak akkor áll be, ha az örökös kellő időben, kellő módon csinálja meg a leltárt. Megkezdí a delatio hereditatis tudomásulvétele után 30, befejezi 90 napon belül. Hogy milyen módon menjen végbe a leltározás, szintén igen nehéz kérdés. A leltárnak a legnagyobb garantiát kell nyújtania, hogy az örökös ne sikkaszthasson. Világos, hogy a közszemély, bíróság vagy más hatóság készítette leltárnak nagyobb authenticitása van, mint a magánleltárnak. Csak hogy ez csak prima facie van így. A praxis azt mutatja, hogy a helyszínen megjelenő bírósági személy is csak úgy készíti a leltárt, a mint az örökös bemondja neki. A legtöbb esetben kizárólag az örökösnek háza-népe az, a mely a közszemélynek rendelkezésére áll, úgy hogy a közleltár csak drágább, körülményesebb, bár tán formailag áttekinthetőbb, mert a közszemély jobban tudja az okmányt elkészíteni, de ha az örökös valamit el akar hallgatni, elhallgatja a közjegyző előtt ép úgy, mint a saját leltárában. Ott és abban az időben, a mikor a vagyon nagy része ingatlan volt, ott az ilyen veszély nem nagy. Ma azonban a közleltár csak nagy költségeivel különböznék a magánleltártól. A római jog a közleltár álláspontján áll. A szabály ott az, hogy az örökös maga mellé notarius személyt vegyen és

azzal készítse, még pedig tanuk jelenlétében a leltárt, a minél a hitelezők is jelen lehetnek. Nagyobb garancia, mint a személyben, a ki felveszi a leltárt, van abban, hogy a római jog szerint is, a maiak szerint is, az örökös a leltár valósága mellett *manifestationalis, felfedező esküt* tesz le. A római jog szerint a bírósági személy megkivánhatja, hogy az örökös esküt tegyen arra, hogy tudtával ezenkívül más activum vagy passivum nincs. Ezzel ma a csődeljárásban is élünk. Ha az örökös írni nem tud, akkor Iustinianus úgy rendelkezik, hogy neve helyet keresztet applikáljon a tanuk aláírása mellé. Innen veszi magát a mai kereszt is.

Mióta a beneficium inventarii életbe lépett, azóta a ius deliberandinek a főfontossága megszűnt. Ez tudvalevőleg arra való volt, hogy az örökös meggondolja, elfogadja-e az örökséget. A beneficium deliberandi behozatalával ez szükségtelenné vált. Bátran elfogadhatja mindenki az örökséget, ultra vires úgy sem felel. Ezért Iustinianus a beneficium deliberandi kérdését hátrányos sanctióval látja el. Ha valaki ezzel a beneficiummal élni akar, akkor ám adja meg neki a bíró, de ennek már most más célja nem lehet, mint az, vajjon a régi értelemben akarja-e elfogadni az örökséget. Vagyis, ha elfogadná, akkor sine beneficio inventarii fogadhatja csak el. Tehát vagy kér meggondolási időt, de akkor beneficium inventariije többé nincs, vagy leltárat készít, de akkor nem nyer spatium deliberationist. De még ha a spatium deliberationist kéri is az örökösjelölt, érdekében van leltárat készíteni, nem ugyan, hogy a hitelezőkkel szemben korlátoltan feleljen, hanem a hagyományosokkal szemben lesz jobb a helyzete. Ha a gondolkodási idő elmúltával az örökséget el nem fogadja (ekkor már az el nem fogadást kell kijelentenie, ellentétben a klasszikus korral, a mikor az elfogadást kellett bejelentenie), nem felel ugyan a hagyatéki hitelezőknek, de minden esetre gyanus személy lesz, mert beleártotta magát a hagyatékbba. Ezért Iustinianus azt rendeli, hogy azzal szemben, a ki a spatium deliberandi elteltével a hagyatékról leteszi a kezét, az igazi örökös saját eskűjével bizonyíthatja, hogy a hagyatéknak mennyi és a bíró csak az esetben élhet mérséklési joggal, ha ez az örökös vagy az erre szintén jogosult hitelezők absurd összegre esküdnének meg. Iustinianus idejében tehát a beneficium deliberandi nagyon veszélyes valami.

Az örökös kötelezettségei másodszor olyanok, a melyek in sua persona keletkeznek. Ilyenek a hagyomány, a fideicomissum, a donatio mortis causa, a sub modo ajándékozás. Ezek nem az örök-hagyó tartozásai, hanem az örököséi. (Rövidség okáért az ilyennel juttatott személy hagyományosnak nevezzük.) Milyen tehát az örökös helyzete a hagyományossal szemben. Itt ismét meg kell különböztetni az állapotot Iustinianus előtt és után. Iustinianus előtt, mint láttuk, az örökös a hagyatéki hitelezőknek korlátlanul felel. Ezzel szemben a hagyományosoknak csak korlátoltan, csak ad vires

hereditatis felel. Ez az alapvető különbség a két osztálybeli hitelező között. A hagyományosokkal szemben az örökös a korlátolási ú. n. levonási kifogással élhetett. Ámde, ha ilykép a klasszikus jog idején a hagyományok nem is tehettek ki többet, mint a mennyit az örökség kitett, usque ad vires hereditatis az örökösnek mégis teljesítenie kellett őket, és így esetleg az egész örökséget ki kellett adnia. Úgy hogy az örököse nem marad más, mint az inane nomen heredis. Lassalle szerint ez az igazi római örökös. A rómaiak azonban, úgy látszik, nem egészen így gondolkoztak, mert az ilyen örökös az örökséget rendesen el nem fogadta. Ezen segitendő a törvényhozás két századon belül három törvényt hozott, a melylyel az örökös számára bizonyos minimalis örökséget akart biztosítani. Első volt a lex Furia testamentaria, a mely azt rendelte, hogy rokonoknak a hatodik, és a hetedik fokból a sobrino natusnak kivételével minden más hagyományos csak 1000 ass kaphat, ha pedig többet kapott és fogadott el, a négyszeres visszatérítésével büntetendő. Ezt az intézkedést az örökhagyó úgy játszhatta ki, hogy az örökséget csupa 1000 assos hagyománnyal meritette ki. Ezért a lex Voconia ezt megváltoztatja és úgy intézkedik, hogy egy hagyományos sem kaphasson többet, mint a legkevesebbet kapó örökös. Ez a szabály még Gaiusnál is. De ez sem kielégítő, mert kijátszható azzal, hogy az örökhagyó az örökösnek valami csekélységet hagy, a többi hasonló nagyságú hagyományokra osztja fel. Végül 40-ben K. e. a lex Falcidia ezen is segít és elrendeli, hogy a hagyatéknegyedrésze okvetlenül az örököse maradjon. Az örökhagyó tehát a hagyatéknak csak $\frac{3}{4}$ részét fordíthatja hagyományokra. Ha az örökösnek a maga negyede épen nem maradna, a hagyományosok részéből aránylagosan vonhatja le a maga részét. Ez az ú. n. quarta Falcidia, a melyet a SC. Pegasianum a fideicomissumokra, Septimius Severus a donationes mortis causakra és Iustinianus a condicionis implendae causa datumra kiterjesztett. Iustinianus azonban megadta az örökhagyónak azt a jogot, hogy a negyed levonást az örökösnek megtiltsa. Iustinianus még más tekintetben is változtatott. Ha az örökös a beneficium deliberandi igénybevétele után az örökséget vissza nem utasítja, a mi ekkor már az elfogadással egyenlő, akkor az összes hagyományokat egészen, tehát negyed levonás nélkül kell megfizetnie, esetleg a maga részéből is, ha ellenben a spatium deliberandi alatt leltárt vesz fel, akkor az örökség vissza nem utasítása esetén a quartat a hagyományokból levonhatja, bár a hagyatéki hitelezőknek ekkor is teljesen felel.

159. §. Az örököstársak viszonya.

I. Az örököstársak helyzete egymás közt: Az örököstársak viszonya komplikáltabb az egy örökös helyzeténél, mert helyzetüket nemcsak kifelé, hanem befelé is kell vizsgálni. Ha több örökös

marad az örökhagyó után, akkor elvileg ezek is az örökhagyó összes jogaiba és kötelezettségeibe succedálnak és rájuk is hármolnak az ex sua persona keletkező kötelmek, ők is universalis successorok. Csakhogy distinguálni kell. A jogok és kötelezettségek nem egyformán szállanak át az örökösökre. Itt praktikussá válik az osztható és nem osztható jogok és kötelezettségek tana. Osztható az a jog (rövidség okáért csak erről beszélünk, mert hisz a kötelezettség ennek csak passiv oldala), a mely ha többre száll, ipso facto több jogra oszlik fel. Ha pl. az örökösnek 3000 frtos követelése volt, akkor 3 örökös lévén, a successio pillanatában ~~három 1000 frtos követelés lesz belőle.~~ Itt beszélünk rész- vagy osztott kötelmekről. Az ilyen osztható jognak főesete a pénzkövetelés és pénztartozás, de lehet más fungibilis dolgokra menő kötelelem is. Az osztható követelés (tartozás) tehát annyi partialis követelésre oszlik, a hány az örökös. Más értelemben is beszélünk osztható kötelmekről. A házon, lovon, könyvön való tulajdonjogról szintén azt mondjuk, hogy osztható, de nem azt értjük alatta, hogy az egy tulajdonjogból kettő lesz, hanem egy tulajdonjogból két (már a hány örökös van) condominium lesz. Mindegyik condominiumnak nem a fele, hanem az egész ház a tárgya, mindegyik condominuszé a ház eszményi félben, partibus pro indiviso. A két örökös nem kisebb tárgyú tulajdont kap, hanem pro parte dimidia condominus lesz. Ez a különbség a két eset közt. Ha kettőnkre 2000 frtos követelés marad, mindegyikünk egyedüli hitelező lesz 1000 frtos követelésre, ha azonban ház marad ránk, egyikünk sem lesz tulajdonos kisebb pl. fele házra. Itt maga a jog más, a mit kapunk, a tulajdonos joga oszlik meg köztünk quotákban. Társjogosultak leszünk, de quotákban. Képzeltető és van e kettőn kívül harmadik eset is. Ránk, örökösökre szállhat oszthatatlan jog is pl. követelés tiszta fácere-re. Itt sem kisebb tartalmú szolgáltatásra nem nyerhetünk jogot, sem eszmei részekben nem lehetünk jogosultak, az oszthatatlan kötelelem olyannak marad, a milyen volt, mindketten (ha t. i. ketten vagyunk örökösök) oszthatatlan jogosultak leszünk saját szerű jogokkal. Mindegyikünk az egészet követelheti, de nem feltétlenül (mert hisz ekkor correalis jogosultak volnánk), hanem csak annak ellenében, hogy cautio adásával biztosítja az adóást, hogy a másik örökös nem fog követelni.

Látnivaló, hogy a jogok és kötelezettségek átszállása több örökösre háromféle módon történhetik. Vannak jogok és kötelezettségek, a melyek pro parte pro diviso szállnak át, a melyek a successio pillanatában partialis kötelmekre esnek szét. Ezekről nincs mit mondanunk, mert a társörökösök közti viszony itt mindjárt meg is szűnik. Vannak másodszor jogok és kötelezettségek, a melyek több örökösre quotákban, eszményi részekben szállnak át. Ezek tipikus példája a tulajdonjog, az emphyteusis, a superficies, a bonae fidei possessio. A harmadik csoportba pedig azok a jogok és köte-

lezettségek tartoznak, a melyek egyáltalában oszthatatlanok, a melyek in solidum szállnak át. E két utóbbiról kell itt beszélni, mert akár quotákban, akár in solidum száll át valamely jog, minden esetre az örökösök közt bizonyos közösség támad. Egymás irányában jogosítva és egymás iránt kötelezve vannak bizonyos szolgáltatásokra. A római jog az ilyen közösséget, a mely többnek nyakába szakad, communio incidensnek vagy communio per incidensnek nevezi, a melyet a quasi ex contractu származó obligatiók közé sorol. Quasi ex contractu azért, mert nagyjában oly joggal és kötelezettséggel állanak egymással szemben, mint a sociusok szoktak lenni. Így pl. ők is csak diligentiam, quam in suis rebus adhibere solent tartoznak kifejteni. Továbbá, valamint a sociusok mindent meg tartoznak tenni, a mi a közös célra szükséges és mindent abban hagyni, a mi ártalmas, úgy ex lege a communióba esőket is terheli ez a kötelezettség. Ez a communio persze nemcsak öröklés folytán, hanem mindenféle más tényállás alapján is előállhat. Pl. communio ex condominio. A condominusok mindegyikének condominiuma van, de egymás közt communio áll fenn. Minden társ-jogosultságnak az a sajátága, hogy maga a jogosultság factuma az egyes jogosultak közt közösséget létesít. Csakhogy in communiōne nemo impellitur invitus detinere. Mindegyik quasi socius jogosítva van a maga módja-rendje szerint oda törekedni, hogy a communio megszűnjön. De mielőtt ez az osztály akár egyezség, akár bíró útján megtörténik, addig kötelesek a quasi societásból folyó kötelmeknek eleget tenni. Aztán az osztály után is fennállhatnak bizonyos jogok és kötelezettségek a közösségben voltak közt, a melyeket vagy maguk, vagy a bíró ruházott egyikükre, másikukra. A bíró úgy oszthatta meg a dolgot, hogy egyiküké legyen, a ki a többinek aztán kártalanítást adjon.

Így tehát a communióban három stadium van: osztály előtt, maga az osztály és osztály után. Bármely stadiumbeli igények érvényesítésére az actio communi dividundo szolgál. Ez tehát nemcsak az osztályra szorít, hanem az osztály előtti és utáni jogok és kötelezettségek érvényesítésére is. Ennyiben találkozik minden osztálykereset. De az örököstársak nemcsak egy bizonyos jogra vagy kötelezettségre vannak communióban, ők communióban vannak az összes jogokra és kötelezettségekre, a melyek partialis jogok kötelezettségekre nem bomlanak. Ennek az általános közösségnek megfelelő kereset az actio familiae herciscundae. Az actio communi dividundo úgy viszonylik a familiae herciscundaehez, mint a rei vindicatio a hereditatis petitiohoz. Valamint a hereditatis petitio sem egyéb, mint az egyes jogokat érvényesítő kereset, a mely azonban nemcsak az egyes jogot érvényesíti, hanem per universum az örökségben levő összes jogokat is, úgy az actio communi dividundoval ellentétben a familiae herciscundaevel is nemcsak egyes közösségek, hanem az öröklésből folyó összes közösségek számolhatók fel.

Az örökösársak közössége az osztály előtt ép olyan, mint minden más *communio incidens* esetén. Az osztály utáni kötelezettségekről sincs mit mondani, mindegyik fél azt köteles megtenni, a mire az osztályban köteleztetett. Fontosabb kérdés, hogy maga az osztály hogy jön létre. Az osztályt részben vagy egészben maga az örökhagyó is megejtheti, ha t. i. végrendeletet vagy *codicillust* hagy hátra. A mennyiben az örökhagyó bizonyos dologra nézve az osztályt megejtette, arra nézve a *communio* természetesen elő nem áll. Ha azonban az örökhagyó nem intézkedett, akkor a beállott közösség vagy a társak szerződésével szüntethető meg, vagy ha meg egyezni nem tudnának, bármelyikük a bíróhoz fordulhat az *actio familiae herciscundae*vel. A sajátszerű ebben a keresetben, mint minden osztó keresetben, az, hogy itt a bíró voltaképen nem mint bíró jár el, nem már létező tényeket és jogokat *declarál*, ő itt szakértő, mint *arbiter* ejti meg az osztályt. Valójában peren kívüli *functio* ez, a mely per alakjában megy végbe. Ezt a keresetet úgy kell felfogni, mint határozatlan tartalmú kérelmet, a melyben felperes azt mondja, hogy minthogy mi megegyezni nem tudunk, végezd te az osztályt. Tartalmilag az osztó per az ú. n. *non contentiosus* eljáráshoz tartozik, a mi *perileg* a formulában is kifejezést nyer azzal, hogy a bíró nem *condemnatio*ra, hanem *adiudicatio*ra utasíttatik. A praetor a bírót korlátlanul felhatalmazza arra, hogy a felosztandó dologgal mikép bánják, a bíró a felek közt teljes szabadsággal véglegesíti a helyzetet. Nemcsak már létező jogokat oszthat fel, hanem, ha jónak látja, új jogokat is *constituálhat*. A bíró, az *arbiter* persze lehetőleg az örökhagyó *intentiói*hoz tartja magát. De nem ez kizárólag a mérvadó. Fontosabb az, hogy a czélszerűséget tartsa szem előtt és arra vigyázzon, hogy a dolgok a túlságos felosztás által értékben ne veszítsenek. Ő tehát a dolgot (és vele a rajta levő jogot) felosztás helyett, ha jobbnak látja, egészben tarthatja, egynek ítélvén oda azzal, hogy ez a többieknek megfelelő más jogokat, kártérítést adjon, vagy eladhatja a dolgot árverés útján a felek közt és az így nyert vételárat osztja fel (*pretium succedit in locum rei*). Az osztályra nézve a czélszerűség szempontján kívül más szabályt állítani nem lehet, az *arbiter*nek mindig a *concret* eset szerint kell eljárnia. Az eljárást, mint látjuk, az jellemzi, hogy a bíró *adiudicatio*jában új jogokat is *constituálhat*. Ezért minden jognál a jog keletkezésének fejezetében a birói *adiudicatio* is előfordul. A mennyiben a hagyatékokban tartozások is vannak, ezeket is egymásik örökösársra róhatja. De a tartozások illetően felosztása a bíró által csak az örökösök közt mértékadó, de nem a hitelezőkre. A bíró csak *inter partes facit ius*. A hitelező tehát a maga követelését az összes örökösökkel szemben tartja meg és csak akkor veszti el a többiekkel szemben, ha az összes örökösök őt értesítették, hogy a bíró a tartozást melyikükre rózta és ő ezt tudomásul vette. Ekkor voltaképen nem történik egyéb, mint adósságátvállalás

a hitelező beleegyezésével. Az osztályperben azonban nemcsak adiudicationnak, hanem condemnationnak is lehet helye. A communióból eredőleg vannak vagy lehetnek az örököstársaknak is egymás irányában kötelezettségeik, pl. az egyik valami kiadást tett a közösség javára. Mindezeket fel lehet hozni a felszámolás alkalmával, a mikor a bíró kártérítésre condemnálja a többit. Ezek az ú. n. praestationes personales, a melyekkel a communióból kifolyólag a társak egymásnak tartoznak. Ezekre a személyes szolgáltatásokra a bíró ép úgy marasztal és kötelez, mint minden más kötelelemnél. Így az actio communi dividundo, illetve familiae herciscundaeben benne lehet a condemnatio is. Ha az örököstársak az osztály tekintetében megegyeztek, csak ezeknek a praestationes personales tekintetében nem tudtak megegyezni, akkor az actio familiae herciscundaevel csakis ezeket fogják érvényesíteni. Ekkor a formulában adiudicatio nem, hanem csak condemnatio lesz. Az actio familiae herciscundae nek, mint mondtuk, az osztály után is lehet helye. Pl. az örököstársak megegyeztek egymással minden tekintetben, de később az egyiktől az osztályban nyert dolgot evincálják. Ilyenkor regressusa van örököstársai ellen, ép úgy, mintha a dolgot tőlük megvette volna. Ezt az evinctionalis igényt szintén az actio communi dividundoval kell érvényesíteni.

Az osztály tárgya néha nemcsak a hagyaték, hanem ezen felül még olyan vagyontárgyak is, a melyek tényleg az elhunyt vagyonában nem voltak. Bizonyos esetekben bizonyos örökösök a saját vagyonukból is kötelesek bizonyos értékeket, a melyeket az elhunytól még életében kaptak, osztályra bocsátani. Ez az ú. n. collatio vagy osztályra bocsátás, másképp betudás esete. Teleszky örökjogi tervezetében a betudás kifejezést használja. Ez nem egészen helyes, mert azt a képet kelti, hogy az egész összeg, a melyet az örökös előre kapott, levonandó abból a részből, a mit kapna. Ez pedig nincs így.

A collatio tekintetében két kort kell megkülönböztetni: a klasszikus és a postklasszikus jog korát. A klasszikus jog a collationak két fajtát ismeri a collatio bonorumot (emancipatorum) és a collatio dotisit. Az előbbi a praetori jogból ered, még pedig a praetori intestat és szükségörökjog nyomán. A civiljog szerint tudvalevőleg első sorban az elhunyt suusai örökölnék, és ha suusok van, akkor ezek mellett, ezeken kívül senki sem örököl. Mikor az emancipatio gyakorivá vált, akkor a praetor az öröklést az emancipatusra is kiterjesztette. A suus mellett és vele együtt örököl az emancipatus is, a ki szintén suus volna, ha az emancipatio meg nem történt volna. A praetor azzal a fictióval él, hogy a capitis deminutio minima meg nem történt, és edictuma első ordójában azokat is meghívja, a kik suusok volnának, ha emancipatio nem történt volna meg. Ez az ú. n. unde liberi ordója. Ide a suusokon kívül nemcsak az emancipatus tartozik, hanem mindenki, a ki valamely módon

az atyai hatalomból szabadult, ezzel suitását elvesztvén. Örököl tehát az emancipatusnak post emancipationem született gyermeke is a nagyapa után, ha apja, t. i. az emancipatus meghal. Ő is t. i. suus volna, ha apja nem emancipáltatott volna. Vagy pl. az apa csak a fiát emancipálja, ettől való unokáját azonban nem. Ez utóbbi nagyapja suusa, nem emancipált apjaé, másrészt meg nem is emancipatusa az apjának, és mégis örököl utána. A praetori első ordóban tehát a suuson kívül nemcsak az emancipatus örököl, hanem az is, a ki más módon vesztette el suitását. A praetori újításnak főtípusa mégis az emancipatus öröklése a suusé mellett. Mikor a praetor ezt az emancipatust a suus mellé meghívja, akkor a suuson a ius civile szerint iniuria történt, hiszen ezzel az ő örökrésze csökkent. A mit a suus szerzett, az benne van a hagyatékban, mert ő mindent paterfamiliasának szerzett, ellenben a mit az emancipatus szerzett, az a hagyatékban nincs benne. Ennek kiegyenlítése céljából a praetor elrendelte, hogy az emancipatus, a ki a hagyatékban részesül, ezért conferálni tartozik, osztályra tartozik bocsátani a saját keresményét is. De csak annyiban tartozik conferálni, a mennyiben a most kifejtett szempont ezt igazolja, a mennyiben tehát az ő részesülése által a suus incommodumot szenved. De ha pl. az apának 2 suusa és 2 emancipatusa van, a két suust a végrendeletben exheredálja, kitagadja, az emancipatust pedig praetermittálja, nem is említi, a miért ez a végrendeletet megtámadja és kéri a bonorum possessio contra tabulast, akkor ennek a hatása az, hogy az egész végrendelet elveszíti a hatályát és megnyílik a praetori intestat öröklés. Most örökölni fog a két suus is, a két emancipatus is. Ebben a példában azzal, hogy a két emancipatus a hagyatékban részesül, a két suus nem szenved hátrányt, sőt ellenkezőleg. Hisz, ha az emancipatusok nem volnának, ők nem kapnának semmit, érvényesen lévén kitagadva. Ép ezért itt az emancipatus a maga szerzeményét nem köteles conferálni. Ugyanez az eset, ha az emancipatus mellőzésével kapcsolatban a suus csak a köteles részre van kinevezve. Ekkor is az emancipatus megtámadja a végrendeletet, a mivel a suus ismét jobban jár. Ezért itt sincs helye az emancipatus szerzeménye collatiójának. Nincs helye továbbá az egyik emancipatus részéről a másik irányában. A collationnak tehát csak akkor van helye, ha az emancipatus öröklése által a suusok kárt szenvednek és csak azokkal szemben van helye, a kik kárt szenvednek. Ez az első esete a collationnak, a melynek a praetori intestat és contra tabulas öröklés esetében van helye.

A collatio második esete a *collatio dotis*. A lány az apjától kapott dost szintén osztályra tartozik bocsátani. A dos, a melyet az apa ad (dos profectitia), nem az apa tulajdona, hanem a férjé, de a házasság megszűntével a lányra (és nem az apára) száll vissza. Az apa csak jogosítva van, a lány beleegyezésével bevonni a maga vagyonába, de ha meghal, akkor a lány a dost végképen megtartja,

még pedig a klasszikus jog szerint mint praecipuumot, a melyből a többi örökösnek semmi része sincs. Ezen is segít a praetor, elrendelvén, hogy a lány ezt a dost is köteles osztályra bocsátani, de szintén csak annyiban, a mennyiben a többi suus incommodumot szenved.

Mint a két collatio a későbbi jogban elavult. A collatio emancipatorum azért, mert hova tovább a nem emancipáltak is önálló vagyoni jogi képességet nyernek a peculium által, úgy hogy a peculium által factice a suusoknak is van vagyoni joguk. Aztán meg a iustinianusi örökjog vezérgondolata az, hogy a descendensek tekintetében örökjog szemponjából semmi különbség nincsen, a mivel megszűnt az a gondolat, hogy az emancipatus csak hozzátolakodik a suusok mellé. Most már az, hogy egyik-másik gyerek mit szerzett, tekintetbe nem jön. A praetori collatio helyébe a mai modern collatio lép, a descendensek collatiója, a melylyel először Leo császárnak 472-ből való constitúciója foglalkozik, és a melyet Iustinianus elfogadott. Ennek a collatióknak egész más az alapgondolata, mint az előbbi kettőnek, más okból és más tárgyra nézve történik az osztályra bocsátás. Az emancipatus collatiójának tárgya az ő szerzeménye, a iustinianusi collatióknak ellenben az, a mit az egyik örököstárs a közös ascendenstől ajándékba kapott. A mit harmadik oldalról szerzett, vagy a mit a közös ascendenstől visszterhes ügylettel kapott, az nem tárgya az új collatióknak. A iustinianusi collatióknak alapgondolata és oka az a praesumptio, hogy az apa gyermekei között egyenlőtlenséget nem akart. Fel kell tenni az apáról, hogy ha inter vivos egyik gyermekének többet adott, azt halála alkalmával ki akarja egyenlíteni. Ezen a praesumptión alapszik a iustinianusi collatio, holott a praetorinak az volt az oka, hogy az emancipatus öröklése a civiljogi örökösöket megkárosítja, ezért ő ezeket, ha van miből, kártalanítani tartozik. Ebből következik, hogy az emancipatus csak azon suusok irányában és azon összeg erejéig tartozik conferálni, a kiket és a mennyivel károsított: ei confertur, cui aufertur. Ez másképp van a iustinianusi collatio szerint. Itt nem azt vizsgáljuk, hogy kit szorított meg az örököstárs, hanem csak azt kérdezzük, hogy mennyit kapott inter vivos az ascendenstől és azt mind conferálni tartozik. Ennek a modern collatióknak alapgondolata először a collatio dotis egy esetében merül fel. A collatio dotis tudvalevőleg abban áll, hogy a lány azt a dost, a mely a házasság megszűnése után rá esik, és melyet, míg az apa él, ideiglenesen, az apa halála után pedig véglegesen mint praecipuumot kap, szintén osztályra tartozik bocsátani. Itt is áll, hogy ei confertur, cui aufertur, mert a lány is csak a suusok számára volt köteles conferálni. Gordianus császár azonban egyik constitúciójában már azt mondja, hogy a lány a dos profecticiát collatióra tartozik bocsátani az összes descendensekkel szemben. Itt merül fel először az a gondolat, hogy a mit valaki felmenőjétől kap, azt az összes

descendensekkel szemben tartozik conferálni. Ezt Leo császár fentidézett constitutiója elvileg kimondja és bőven kifejeleszi Iustinianus a 18-ik novellában. Ekkor a collatio dotisnak, mint külön intézménynek, értelme megszűnt, és bele is olvad az új intézménybe.

Iustinianus óta csak egy egységes collatio van, a collatio descenditum, a mely szerint az ascendensnek bizonyos ajándékai osztályra bocsátandók. Nem collatio azonban az, ha az egyik örökös adása elhunyt ascendensének. A mivel ő az elhunytak tartozott, azt most is meg tartozik fizetni, nem conferálni. A különbség nemcsak fogalmi, hanem számtanilag is más eredményre jutunk. Ha collatiónak tudnók ezt be, akkor egész tartozását volna köteles conferálni, ha pedig csak közönséges kötelemteljesítésnek vesszük, a minek venni is kell, akkor a tartozásnak egy része, a mely részben t. i. ő örökös, per confusionem megszűnik, és ő csak a többit köteles megfizetni. Ha az örökséget el nem fogadja, collatióról nincs szó, de a tartozást akkor is meg tartozik fizetni. A collatio szabályai a következők: A collatio tárgya bizonyos vagyoni juttatások, a mikhez az egyik örököstárs úgy jutott, hogy az örökhagyó ascendens neki azt inter vivos ingyen adta. Ez azonban nem áll minden ingyenes juttatásra. Az említettük praesumptiónak csak kivételes nagyobb ajándékozásoknál van értelme. De hogy mint kell ezeket a nagyobb ajándékozásokat substantálni? A régibb írók szerint szabály az, hogy minden nagyobb vagyoni juttatás conferálandó. Ma az uralkodó nézet Franke alapján (a ki a 30-as években erről értekezett) az, hogy a praesumptio csak bizonyos ajándékozásokra áll. Nálunk az egyik jogászgyűlésen az egyik véleményező azt mondta, hogy a törvényben positive kell megjelölni azokat a tárgyakat, a melyek conferálandók, a másik véleményező szerint pedig azok volnának taxative felsorolandók, a melyek a collatióknak nem tárgyai. A római jogban a collatióknak legfontosabb esete az, a mit az ascendens kiházasítás czimén adott, tehát a dos és a donatio propter nuptias. Ezt a pandektajogi praxis kiterjesztette a separata oeconomia esetére, a mikor a fiú nem házasodott meg, hanem apja pénzen külön háztartást rendezett be. Ez az ú. n. emancipatio saxonica vagy germanica, a mely a mi jogunkba is áment. Egyéb ajándék rendszerint nem tárgya a collatióknak, hanem csak akkor, ha a másik descendens csak kiházasítás czimén kapott valamit. Ha mind a kettő kapott ajándékot, egyik sem tartozik azt conferálni. Conferálandó az ajándék akkor is, ha az ajándékozó az ajándékozáskor így rendelte. Egyéb juttatások is csak akkor conferálandók, ha a végrendelkező így intézkedett; a mit persze csak úgy tehet, hogy vele a köteles részt nem sérti. Viszont elengedheti az elhunyt expressis verbis a collatiót ott, a hol különben helye volna. Második kérdés, ki köteles conferálni? A közös ascendenstől származó örököstársak egymással szemben, még pedig akár ab intestato örökösök, akár pedig, és ez Iustinianus újítása, ex

testamento. Iustinianus a végrendelezőről feltételezi, hogy megfeledezett a collatio elrendeléséről. Ex testamento azonban csak azok esnek collatio alá, a kik ab intestato is örökösök lennének, úgyszintén azok is, a kik transmissio útján ezeknek helyébe léptek. Harmadik kérdés, kik jogosultak a collatio kérésére? Ugyancsak a descendensek egymás irányában, akár ab intestato, akár ex testamento örököstársak. Pl. a végrendeletben ki van nevezve örökösül az elhunyt három gyermeke és felesége. Az egyik gyermek kiházásitást kapott. Ő conferálni tartozik ezt, de csak a másik két gyermek javára. Ilyenkor, mikor a descendenseken kívül mások is örökösök, a collatio szempontjából ezek nem létezőknek tekintetnek. A collatióknak csak a descendensek közt van helye, de azok közt mindnyájuk közt, nemcsak annak javára cui aufertur. Conferálni tartozik tehát az unoka is nagybátyával szemben, ha közös ascendenstől örökölnék.

A collationalis kötelezettség nem teljes kötelem, csak indirekte védetik. Az örököstársak nem perelhetnek, hogy tessék conferálni, hanem ha az erre kötelezett igénybe akarná venni a hagyatékot, akkor excipiendo követelhetik a collatiót. A kötelezettnek nem kell mindjárt conferálni, elég ha bármily cautiót ad, kezest állít. Ez esetben aztán az osztályra bocsátás perelhető is az actio ex stipulatioval. A források collatio re- és cautione-ről beszélnek. A collationalis kötelezettség csökkenhet és meg is szűnhetik, ha a tárgy neki be nem számíthatólag változik vagy elpusztul. Ő csak culpa in concretoért felel. Az osztályra bocsátás in natura történhetik, és ez a legigazságosabb is, de ha az osztálytársak ellenkező érdekeket bizonyítani nem tudják, a conferáló a naturalis szolgáltatás helyett az értéket ajánlhatja fel. A mi örökjogi javaslataink szerint a társak csak az érték szerinti collatiót követelhetik. Ez sokszor egyszerűbb, mert a számítás könnyebb, de akárhogy számítjuk az értéket, az eredmény mindig igazságtalan lesz. Pl. az örökhagyó egyik gyermekének 10,000 frt értékű készpénzt, a másiknak ugyanannyian értékű ingatlant adott. Az első is a pénzért házat vett. Az ingatlan értéke időközben, tegyük, 20,000 frtra emelkedett. Ha az ajándékozáskori érték conferálandó, mind a kettő 10,000 frtot tartozik conferálni, a mi igazságtalan, mert az értékek emelkedtek, ha pedig a mostani érték conferálandó, akkor az, a ki pénzt kapott, csak 10,000 frtot bocsát osztályba, mert a pénz értéke nem változik, az ingatlan tulajdonosa pedig 20,000 frtot, pedig az előbbi háza is, a melyet a pénzen szerzett, ma már 20,000 frtot ér.

II. Az örököstársak helyzete kifelé. Valamint az örökhagyó jogai, úgy kötelezettségei is megoszlanak az örököstársak közt. Az osztható kötelezettség ipso facto annyi rész kötelemmé oszlik, a hány az örököstárs. Nomina et debita sunt ipso iure divisa. Az öröklés az egyedüli esete annak, hogy a kötelem ipso facto szétoszlik.

(Római jog szerint oly követelés is osztható, mely valamely dolog tulajdonának átruházására irányul (dare). Ilyenkor a római jog sajátos felfogása az, hogy a tulajdon átadását is oszthatónak fogják fel, úgy hogy mindegyik adós a dolognak eszméi részét tartozik átengedni. Ez nem valami praktikus megoldás. A modern jogok az ilyen kötelmeket nem is fogják fel osztható kötelmeknek.) Gyakorlati szempontból azonban ez a jogi rendezés, hogy a kötelem részkötelemmé oszlik, mely egészen logikus, nem igen állja meg a sarat. A hitelezőnek nem mindegy, hogy mindegyiktől 1000 frtot kap-e, vagy egyszerre kap 3000 frtot? Egy perből három lesz, szóval a hitelező helyzete ezen római elv mellett rosszabb, mint volt az örökhagyóval szemben. Igaz, hogy az örökhagyó követelései is így vagyunk. Azt lehetne mondani, hogy az elhunyt adósainak sem mindegy, hogy egy vagy több a hitelezőjük. Semmi kétség, ez igaz. Csakhogy, míg az adós inter vivos is ki van téve annak, hogy több lesz a hitelezője, mert hisz a követelés többre cedálható, addig a hitelezőnek inter vivos nem kell attól tartania, hogy egy adósa helyébe az ő beleegyezése nélkül több adós lép. Az adós köthet több személylyel adósságátvállalást, de ez nem hat ki a hitelezőre. Az ipso facto eloszlás kellemetlen lehet az egyik öröktársnak is a többi irányában. A rendezésnek ezt a méltánytalan voltát a források is elismerik. Ezt az inconvenientiát elkerülendő a modern törvényhozások közt egyik-másik a rómainál eltérő utat keres. Erre két út kínálkozik. Az egyik, a melyet hazai praxisunk is elfogadott, az, hogy az öröktársak az elhunyt hitelezőjének egyetemlegesen felelnek. Az aztán intern dolog, hogy a ki fizet, a többi ellen regressussal élhet. Csakhogy ez nagy bajjal jár. A hitelezőnek kellemetlen, mert az örökös helyén, nem az örökhagyóén kell perelnie, a társörökösnek pedig egyenesen veszélyes, helyzete rosszabb, mint hogy ha egyedüli örökös volna. Ha egyedüli örökös, a beneficium inventarii alapján nem reskiroz semmit, sőt a vele nem élő is csak akkor kockáztat valamit a tartozás kifizetésével, ha a hagyaték passivuma több, mint az activum, ellenben a társörökös veszélyezteti a maga vagyonát, még ha a hagyaték egészen sufficiens is, mert örökrészen felül is köteles teljesíteni, lévén egyetemleges adós. A másik út, az ú. n. szavatosság zur gesammten Hand. Ezt a németek követik. Sem a hitelezőt nem sértik azzal, hogy csak partialisan kapjon kielégítést, sem az egyes örökösöket nem teszi ki az in solidum felelősségnek. A hagyatéki jogok és kötelességek egyelőre, míg a hitelezők kielégítve nincsenek, egyáltalában nem osztatnak szét, a német jogi elv a hagyatékot együtt tartja, míg az adósságok kifizetve nincsenek. A hagyatéki vagyon külön massa, és ebből elégítendő ki a maga útja-módja szerint, az egyik törvényhozás szerint hivatalból, a másik szerint a hagyatéki gondnok által, a harmadik szerint az összes öröktársak által a hitelezők. Ez a megoldás csakugyan eléri

azt, hogy a hitelezők az örökhagyó forumán perelhetnek, csak egy pert indítanak és az örökösársakat sem terheli a kielégítés. Csak-hogy ez a megoldás csomó más bajjal jár. Szervezni kell bizonyos liquidálási módot, a csődtömegéhez hasonló, a mi először költséges, másodszor nehézkes, kell továbbá, hogy a tömeg bizonyos ideig együtt maradjon, a mi megint költséges kezeléssel jár. Mint-hogy pedig a kezelés csak kötött marsrutával történhetik, a massának értékesítése igen nehézkes. Aztán az örökösök még akkor is kötelesek a hitelezők jelentkezésére kitűzött idő elmultát bevárni, ha kevés hitelező van, vagy hitelező nincs is. Ennek az eljárásnak a legtypikusabb esete az osztrák eljárás, a hol az örökösök csak hat hónap után jutnak örökségükhöz. Látnivaló, mindegyik módszernek megvannak a maga hiányai.

Az örökösársak viszonya a hagyományosokkal szemben ugyanaz, mint a többi hitelező irányában. Ha a hagyomány directe egyik-másik örökös nem terheli vagy részhagyományokra szakad, ha t. i. osztható, vagy in solidum nehezedik az örökösökre, mégis úgy, hogy minden örökös csak deducta quarta Falcidia fizeti ki a hagyományt.

160. §. Az örökös helyzete szemben a hagyatéki adósokkal

Tartalmilag, elvileg voltaképen már ezt is kifejtettük. Az örökös helyzete a hagyatéki adósokkal szemben ugyanaz, mint volt az elhunyté. A hagyatéknak tartozó dolgot ő is rei vindicatióval, a szolgalmat actio confessoriaival követelheti, az egyes tartozásokat pedig a megfelelő kötelmi keresettel. Ezzel szemben kötelessége a visszigényeket kielégíteni. A római jognak azonban singularitasa az, hogy nem kívánja az örököstől, hogy a hagyatékhöz tartozó jogokat az egyes keresetekkel érvényesítse, hanem ad neki universalis keresetet a *hereditatis petitiót*. Ezzel ő nemcsak az egyes jogokat érvényesítheti, hanem mindazokat a jogokat, a melyek az örökhagyóéi voltak. Ezt a római források úgy fejezik ki, hogy az örökös a hereditatis petitióval a hereditast követeli attól, a kinek kezében van. Ez alapon sokan úgy adják elő a dolgot, hogy voltaképen nem is azokat az egyes jogokat érvényesíti ezzel a keresettel, a melyek az örökhagyóéi voltak, hanem érvényesíti magán az universitason való jogát. Ez összefügg az örökjog tárgyának a kérdésével. Mint láttuk, azok, a kik az örökjogot külön subiectiv jognak veszik, tárgyául ezt a képzelt universitast mondják. Gaius is mint jogtárgyakat a columbat, a fundust, grexet, aedest és a hereditast. Sőt mi több, a római formula is azt mondja: si parer hereditatem Au-i Agg-i esse. Ebből következtetnek arra, hogy ime igenis a hereditas mint egész az örökjog tárgya, ép úgy mint a columbae, az aedes stb. követelhetők a vindicatióval, úgy a hereditas is vindicálható. (A források t. t. a hereditatis petitiót is neve-

zik vindicationnak.) Igen következetes tehát, hogy Pfaff és Hoffmann dominium hereditatisről beszélnek. E szerint az örökös a dominium kapuján keresztül jut az egyes jogokhoz. Csakhogy ez nem áll. Ezek a helyek nem azt bizonyítják, a mit belőlük így következtetnek. Ellenkezőleg! Gaius példái egyenesen ráczáfolnak a kifejtett nézet hiveire. A grexen nem áll fenn tulajdonjog, mert a nyáj ép oly kevésbé dolog, mint a könyvtár. A való az, hogy tulajdonjogom az egyes juhokon, könyveken van, a nyáj, mint absztrakt valami, nem dolog, nem tárgya tulajdonjogomnak. Hogy a római jog mégis megadja a módot, hogy a sok juhot ne ugyanannyi, hanem csak egy vindicatióval követelhessem, a vindicatio gregissel, ennek praktikus célja van, nem kell minden juh tulajdonát bebizonyítanom, elég ha a többségét igazolom. Ezzel azonban nem a nyájat, mint absztrakt valamit, követelem, nem is nyerem el vele a nyáj, az összes juhok tulajdonát, mert bár kikapom az egész nyájat, azokat a juhokat, a melyek nem az enyéme, tulajdonosuk mindig visszavindicálhatja, sőt ha a nyáj nála volt, vindicatio gregisemmel szemben visszafoghatja. A mint a nyáj nem dolog, nem tárgya külön jognak, úgy a hereditas sem az.

Ha az örökös a rei vindicatiót megindítja, ugyanazt kell bizonyítania, a mit az örökhagyónak és azonfelül még azt, hogy ő az örökös. Ép úgy, mint hogy ha követelést cedálnak rám és én azt érvényesítem, először be kell bizonyítanom, hogy a tartozás hogy keletkezett, de azután be kell bizonyítanom a cessio megtörténtét is. Nekem legitimálnom kell magam ad causam. A *legitimationi* *ad causam* az örökös azzal adja meg, hogy bebizonyítja, hogy lett az örökhagyó örököse. Ezzel szemben alperes kettőt tagadhat. Vagy tagadja az auctor jogát, tagadja, hogy az örökhagyónak tartozott, vagy tagadja a legitimatio ad causamot, tagadja, hogy felperes örökös. Az ilyen vindicatióval persze az örökös az örökhagyónak csak egy-egy jogát érvényesítheti. Ha tehát valaki az egész hagyatékot occupálta, akkor, ha az örökös csak ezekkel a singularis keresetekkel élhetne, annyi keresetre volna szükség, a hány jog abban a hagyatékban van. Ez kellemetlen volna felperesnek, de kellemetlen alperesnek is. Az alperes ugyanis erre a hagyatékra esetleg kiadásokat tett. Ezek megtérítését ő az egyes keresetekkel szemben az egyes kereseteknek megfelelő szabályok szerint és mértékben követelhetné csak, a butordarabok követelésénél csak az ezekre tett kiadásait érvényesíthetné, más hagyatéki tárgyakra tetteket nem. Azután meg mint hagyatéki birtokos nagyobb mértékben is érvényesíthetné beruházásait, mint teheti ezt szemben a rei vindicatióval és más keresetekkel. A hagyatéki birtokosnak tehát érdekében van, hogy az örökös ellene ne singularis keresettel lépjen fel, érdekében van, hogy ő a hagyatéki bármely tárgyára tett kiadásait követelhesse vissza, ne csak épen a perelt tárgyra fordított impensait. Ezt pedig csak akkor

teheti, ha az örökös nem egyes dolgokat vindikál, nem egyes jogokat érvényesít, hanem érvényesíti az összes jogokat, követeli a hagyatékhoz tartozó alperesnél lévő összes dolgokat. Ez a hagyatéki kereset a centumviralis bíróság elé tartozott, a mely az alperesnek előnyösebb, mint az unus index. Mindkét fél érdekében alkotta meg tehát a praetor az universalis keresetet, a hereditatis petitiót. A formula úgy hangzott: Si paret hereditatem, de qua agitur, Au-i Agg-i esse ex iure Quiritium, quidquid de ea hereditate N. N. pro herede vel pro possessore possideat, nisi tuo arbitrato restituisset stb. Ezzel a keresettel felperes uno ictu kikapja alperestől mindazokat a jogokat és dolgokat, a melyek a hagyatékhoz tartoznak. Ha felperes mégis egyes, singularis keresettel lépne fel, alperes ellen fogja neki vethetni, hogy ne tessék tőlem az egyes dolgokat kiperelni, tessék az universalis keresetet megindítani. Alperes ezen ellenvetése az exceptio ne praeiudicium fiat hereditati.

A hereditatis petitio tárgya határozatlan valami, mert hisz a felperes gyakran nem is tudja, miből áll a hagyaték és ezért az újabb törvényhozások alperesre nagyon helyesen felfedező esküt rónak, esküvel köteles igazolni, hogy a hagyatékból mi van nála. Ezért sem szabad mondani, hogy ennek a keresetnek tárgya valami universitas, valami fictiv egész, mely más valami, mint az egyes jogok, a melyek a hagyatékban vannak. Élő embernél is előfordulhat, hogy universalis keresettel követelje mástól mindazokat a jogokat, a melyek az ő vagyonában voltak, pl. valamely visszatért ember, a ki 20 esztendeig távol volt s hirtelen veszett. Ily esetben hereditatis petitio utilis-ről beszélünk. Valamint ily esetben az egyes élő embernek nincs külön joga a vagyonához és azonfelül külön egyes jogai, úgy nincs rá szükség, sem ok arra sem, hogy külön jogot vegyünk fel, mint örökjogot. A hereditatis petitióval nem valami külön jogot érvényesítünk, hanem a hagyatéki jogokat mind. Van különben még másik nézet is, a mely szerint a hereditatis petitio tárgya maga az örökjog. Így fejezi ezt ki Arndts. Ez ugyanannyi, mintha azt mondaná, hogy az örökjog tárgya az örökjog. És szinte érthetetlen, e körül vita is fejlődött, hogy az örökjogot vagy az örökséget követeljük-e, pedig világos, hogy az örökjog nem tárgya, hanem jogalapja a keresetnek.

A hereditatis petitióban felperes az örökös, még pedig akár a totalis (heres ex asse), akár a partialis. E szerint megkülönböztetjük a hereditatis petitio totalist és partialist. Tekintettel arra, hogy az örökös a maga örökjogát a civil vagy a praetori jogra alapítja, a mi a justinianusi jogban már egyenértékű, beszélünk hereditatis petitio civilis- és utilis- vagy possessoriar-ról. De örökös materialiter véve a justinianusi jogban az úgynevezett fideicommissarius heres is, a ki tehát szintén élhet ezzel a keresettel, melynek ilyenkor hereditatis petitio fideicommissaria a neve. Mindezek csak

közelebbi megjelölései a hereditatis petitiónak, mindezek a nevezett személyek practice véve örökösök.

Alperes az, a ki a hagyatékából bármit, akár egy dolgot vagy többet, akár pedig az egész hagyatékot birtokolja, tekintet nélkül arra, hogy jó- vagy rosszhiszeműleg birtokol-e, hacsak a maga részéről azt állítja, hogy a hagyaték és ennél fogva ez az egy vagy több dolog, illetve jog is őt illeti. A hereditatis petitio alperese tehát csak az lehet, a ki vagy azt mondja, én vagyok az örökös és ezért illet meg a hagyaték, vagy pedig azt, én nem vagyok ugyan örökös, de a hagyaték mégis engem illet, hogy mi czímen, annak megmondását én megtagadom. Az alperes tehát vagy azt mondja: én vagyok az örökös, vagyis a hagyatéki tárgyakat pro herede birtokolja, *possessor pro herede*, vagy azt mondja: a hagyaték engem illet, nekem jogom van a hagyatékhoz, miért, azt nem mondom meg, az ilyen alperes a *possessor pro possessore*. Ez utóbbi csak negativumot mond, azt mondja, hogy ő nem *possessor pro herede*. Ilyen pl. a végrendeleti végrehajtó, a kinek kezében a hagyaték van, a melyet kiadni nem akar. *Possessor pro possessore* pl. továbbá az örökös gyámja, gondnoka is, ki a hagyatéki tárgyakat ki nem akarja adni. Mindezek *possessores hereditatis*, náluk van a hagyaték, vagy valami a hagyatékából. Mindezek azt állítják, hogy a hagyaték őket illeti. A hereditatis petitio csak ezek ellen megy. Minden más személy ellen csak *singularis* keresetnek van helye. Ha alperes nem adja ki magát olyannak, a kit a hagyaték megillet, ha csak azt tagadja, hogy a követelt dolog nem is volt az örökhagyóé, akkor nem hereditatis petitiónak, hanem *singularis* keresetnek van helye. Hereditatis petitiónak csak akkor van helye, ha alperes beismeri, hogy a követelt dolog a hagyatékhoz tartozik, de azt állítja, hogy a hagyaték őt illeti, akár mert ő az örökös (*pro herede*), akár más okból (*pro possessore*), *qui interrogatus cur possideat, respondet quia possideo*. Felperes persze nem látja, nem tudja, hogy alperes mi czímen bírja a hagyatéki tárgyat, *pro herede*-e, vagy *pro possessore*, vagy csak *singulari titulo*. Így megeshetik, hogy ép úgy, mint *singularis* keresetét a hagyatéki birtokos az *exceptio ne praeiudicium fiat hereditativel tibi* vissza, úgy hereditatis petitióját más alperes meg *singularis* kifogással ellenzi meg, azzal, hogy nem tagadom örökös voltodat, de a mit te követelsz, nem tartozik a hagyatékhoz. Hogy felperes ily kifogások miatt perét el ne veszítse, a római jog segített rajta az *interrogatio in iure* intézményével. A praetor által megkérdeztette alperest, mi czímen birtokolja a dolgot és csak azután kért formulát. Ma a praxis már régtől fogva, nem lévén már meg az *interrogatio in iure*, megengedi a kereset cumulatíót. Felperes úgy beszél keresetében: én nem tudom, mi czímen bírja alperes a dolgot, a mennyiben mint hagyatéki birtokos, kérem keresetemet hereditatis petitiónak venni, különben pedig *singularis* keresetként vele bánni. Sőt

ma, elterjedt praxis szerint felperesnek nem is kell kérnie, hogy tessék keresetemet cumuláltnak venni. Felperes tehát csak azt fogja a keresetben állítani és bizonyítani, hogy ő az örökös, ezzel legitimálja magát mint felperes, továbbá azt, hogy alperes bírja a hagyatéki tárgyat, ezzel legitimálja alperest. Logikailag ez kevés volna, azt is bizonyítania kellene, hogy alperes a dolgot mint hagyatéki birtokos bírja. De a bizonyítási teher helyes megosztása azt hozza magával, hogy felperes részéről csak annak bizonyítását kívánjuk meg, hogy alperes birtokos, alperesre hárul azután excipiendo annak bizonyítása, hogy ő csak singularis címen bírja a dolgot. Rómában, ha felperes elmulasztotta az interrogatiót és nem az alperesnek megfelelő keresetet indította, elvesztette a pert. Ma a két kereset közti különbség nem perileg, hanem anyagilag, a per anyagi megbírálása szempontjából fontos. Más szabályok applicálandók, ha felperes keresete rei vindicationnak, más, ha hereditatis petitionnak minősül. Ha rei vindicatio, akkor alperes csak a perelt tárgyra tett kiadásait érvényesítheti, ha ellenben hereditatis petitio, akkor bármely hagyatéki tárgyra fordított beruházásokat követelheti. De lehet a hereditatis petitio alperes hátrányára is, mert a mala fide possessor a hereditatis petitio esetében rosszabbul áll, mint a rei vindicatioval szemben. Ezért ma is fontos, hogy alperes a dolgot vagy dolgokat mi címen bírja.

A hereditatis petitionnál felperesnek nemcsak azt nehéz bizonyítania, hogy alperes mi címen bírja a dolgokat, nehéz feladat még annak bizonyítása is, hogy mi is van a hagyatékból alperesnél. A hagyatéki birtokok rendszerint nem egy dolgot szoktak birni a hagyatékból, hanem többet. Mindig fenforog tehát a gyanú, hogy alperesnél az észlelt dolgon kívül van még több is. A praxis tehát praesumptio hominist állít fel a mellett, hogy alperesnél több is van a hagyatékból, ha felperes egynek birtokát be tudja bizonyítani. Ezért felperes követelheti alperestől a ~~felfedezési, manifestationalis~~ esküt. A praxis sok helyütt annyira megy, hogy még azt sem követeli, hogy felperes egy hagyatéki tárgyról bebizonyítsa, hogy alperesnél van, hanem bizonyos személyekhez e nélkül is fűzi azt a praesumptiót, hogy náluk a hagyatékból van valami. Ezek azok, a kik az elhúnyttal egy házban laktak, halálánál jelen voltak. Igen észszerű, helyes praxis, mert e nélkül az ember igazán nem tudja kimutatni, hogy a hagyatéka miből áll.

A hereditatis petitiót a hagyatéki tárgyak kikövetelési jogát a római jog a hagyatéki birtokos ellen adja meg, az ellen, a ki a tárgyaknak jogi birtokában van. A detentor ellen is indítható, de az laudatio vagy nominatio auctorissal menekül. A praxis azonban megadja a keresetet a detentor ellen is, pl. a hagyatéki gondnok, végrehajtó ellen. Megindítható továbbá a hereditatis petitio, ép úgy mint a rei vindicatio nemcsak a verus, hanem az ú. n. fictus possessor ellen is. Ez persze nem a dolog kiadására, hanem csak az

interesse megtérítésére kötelezhető (266. l.). A *petitio contra fictum possessorem* voltaképen kártérítési kereset, a mely alperes dolúsán alapszik, anyagilag tehát *actio de dolo malo*. Csak perjogi különbség van a két *actio* között.

A *hereditatis petitio petituma* nemcsak az, hogy alperes mindazt kiadja, a mi a hagyatékból *in natura* nála van, hanem az is, hogy azt is megtérítse, a minek nála kellene lenni. Ez utóbbi szempontból különbséget kell tennünk jó- és rosszhiszemű hagyatéki birtokos közt. Így különösen a gyümölcsök és a megsemmisült dolgok megtérítése tekintetében kell a kétféle birtokost megkülönböztetnünk. A *hereditatis petitio*val továbbá nemcsak az követelhető, a mi elhunytnak tulajdonában vagy jóhiszemű birtokában volt, hanem maga a birtokjog is része a hagyatéknek. A római jognak felfogása ugyan az, hogy a birtok tényét, a mely a birtokjognak alapja, más nem succedálhat, a tényleges állapotot örökösnek újból kell reproducálnia. Az örökös tehát a hagyatéki birtokos ellen nem is élhet birtokháborítási keresettel, *interdictuma* nincs, de ugyanazt a célt eléri a *hereditatis petitio*val. Az örökösnek a *hereditatis petitio*nál nem kell azt bizonyítania, hogy a hagyatéki birtokosnál lévő dolog az elhunyté volt, elég azt igazolnia, hogy tényleges hatalmában volt. Ha ez nem volna elegendő, akkor a *hereditatis petitio* élle el volna véve, mert tulajdonjogot vagy legalább is titulust bizonyítani *probatio diabolica*. A *hereditatis petitio*val végül még az elhunyt birlalatában volt tárgyat is ki lehet követelni, hacsak alperes ki nem mutatja, hogy a birlalat az elhunytak nem volt igazán érdekében, illetve az örökösnek érdekében. Érdékében pedig azért lehet, mert különben a dolog kiadására vonatkozó követeléseknek meg nem felelhetne. Ha az örökhagyónál letétben volt a dolog, a letevő az örököstől fogja követelni, már pedig ez csak akkor adhatja ki, ha eszközt adunk neki a dolog megszerzésére az ellen, a kinél a dolog mint hagyatéki birtokosnál van. Kikövetelheti a dolgot az örökös a hagyatéki birtokostól még akkor is, ha az elhunyt *vitiosus possessor* volt, pl. a dolgot ellopta, mert hiszen a *condictio furtivával* örököstől kikövetelhető, módot kell tehát neki nyújtani a dolog megszerzésére. A *hereditatis petitio*val tehát, a mi különben vitás, az elhunyt birtokában és birlalatában lévő dolgok is kikövetelhetők, tekintet nélkül arra, hogy az elhunyt birtoka milyen volt. Ez alól a kiadási kötelezettség alól a hagyatéki birtokos csak akkor szabadul, ha ki tudja mutatni, hogy felperesnek a dolog kiadásában semmi érdeke sincs. A *hereditatis petitio*val továbbá nemcsak a dologi jogok, hanem a követelések is kikövetelhetők. Itt a nehezségek ugyanazok, mint a dolgok kikövetelésénél. A követelések érvényesítésénél is a szerint indítandó a *singularis* kereset vagy a *hereditatis petitio*, a mint az *interrogatio in iure*ben alperes a fizetést azon a czímen tagadja meg, hogy nem is tartozott az örökhagyónak, vagy pedig

azért, mert, bár örökhagyónak tartozott, de a hagyaték nem örököst, hanem őt illeti, vagyis a követelés per confusionem megszűnt. Ma ilyen esetben szintén keresetcumulációnak van helye.

A hagyatéokra nézve fennáll a SC. *Iuventianum* intézkedése:

- 1.) *pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii*. A hagyatéki tárgyak surrogálhatók (182. l.). A SC. *Iuventianum* másik 2.) intézkedésén alapul az a már említett szabály, hogy az is kiadandó, a mi a hagyatéki birtokosnál ugyan nincs, de nála kellene, hogy legyen. Elv az, hogy a jóhiszemű birtokos, t. i. az, a ki magáról azt hiszi, hogy örökös, csak azt adja ki, a mivel jelenleg gazdagodott, de kárt ne lásson. A mit a hagyatékból elköltött, a *lucrum cessans* stb. tőle nem követelhető, ő csak azt tartozik kiadni, a mi az ítélelhozatal pillanatában a kezében még megvan. Dolosus költekezése miatt persze felel, még pedig *ex delicto*. Kellemesebb a hagyatéki birtokos helyzete a *hereditatis petitio*val, mint a *rei vindicatio*val szemben, azért, mert a *hereditatis petitio* jóhiszemű alperese nemcsak a szükséges és hasznos, hanem a *voluptarius* kiadások fejében is élhet *retentio*val. Továbbá culpa sem számítatik be neki, persze a *litis contestatio*n túl culpaért is felel. Hogy a jóhiszemű alperesnek a *hereditatis petitio*val mennyire nem szabad károsulnia, a következő példa mutatja. Tegyük fel, hogy alperes, a jóhiszemű hagyatéki birtokos, valamely a hagyatékhoz tartozó dolgot, pl. tehenet eladott. Az örökös a vevőtől a dolgot az időközben született borjával együtt *rei vindicatio*val elperli, a minek az a következménye, hogy ez a vevő az eladó, a hagyatéki birtokos, ellen kártérítésért fog fordulni és nemcsak a tehen, hanem a borjú árát is követelni fogja. A jóhiszemű hagyatéki birtokos tehát károsulna, még pedig a borjú árával. Ép ennek elkerülése végett az örökös a vevő ellen csak akkor indíthatja meg a *rei vindicatio*t, ha a hagyatéki birtokost előre biztosítja, hogy nem fog károsodni. Így vagyunk a jóhiszemű birtokossal. A rosszhiszemű birtokos úgy tekintetik, mint ha *mandatarius* volna. Felel tehát culpa levisért is és a mi a visszigényt illeti, az *impensae necessariae* is csak akkor és annyiban követelheti vissza, ha és a mennyiben a hagyaték még a per idejében is gazdagítva van. Meg tartozik továbbá téríteni nemcsak a *fructus perceptit*, hanem a *percipiendit* is. Míg tehát a jóhiszemű birtokos a *hereditatis petitio*val szemben jobban áll, mint a *rei vindicatio*val szemben, addig a rosszhiszemű birtokos helyzete itt rosszabb.

Az örökösnek, a ki a *hereditatis petitio*val élni akar, első sorban azt kell bizonyítania, hogy ő az örökös. Néha ugyanazt az eredményt *interimistikus* hatálylyal elérheti rövidebb úton is, a nélkül, hogy örökös voltát be kellene bizonyítania, tisztán azon az alapon, hogy valószínűsíti, hogy ő az örökös. Ha *prima facie*, a külső valószínűség szerint az örökség valakit illet, ennek alapján ez szintén eléri azt, a mit a *hereditatis petitio*val elérne, csak hogy

nem maradandó eredménnyel, hanem csak ideiglenesen. A possessor hereditatis ki fogja adni neki a hagyatékot, de az igazi örökösnek fenmarad vele, t. i. a prima facie örökössel szemben a hereditatis petitiója. Ő tehát csak addig fogja megtartani az örökséget, míg erősebb jogú nem jön. Ennek a provisorius eredménynek elérésére két jogeszköz szolgál, t. i. az *interdictum quorum bonorum* és a *missio Hadriana*. Bizonyos esetekben tehát az örökös javára, vagy jobban mondva annak javára, a ki valószínűsíti, hogy ő az örökös, ezen valószínűség alapján a hagyaték birtokosa elmarasztaltatik arra, hogy a hagyatékot adja ki. Így megkapja a hagyatékot, a ki oly végrendeletet mutat, a mely, úgy látszik, rendben van. Meglehet, hogy a végrendeletnek valami hibája van, de addig is, míg ez kiderül, ő vélelmeztetik örökösnek. Vagy fellép az elhunyt gyermeke. Valószínűség szerint ő az örökös. Várni, míg biztosan kiderül, hogy végrendelet nincs és aztán hereditatis petitióval élni, nagyon körülményes és nehéz eljárás. Ezért a fenti két eszköz sokkal könnyebb, egyszerűbb, mert a bírónak szabad cognitiójára van bízva, hogy a valószínűséget mikor találja meg hozva. De valamint a bizonyítás könnyebb, úgy az eredmény is sokkal gyengébb, csak ideiglenes, interimistikus, míg a hereditatis petitióé végleges. A fenti két eszközzel megkapom ugyan az örökséget, de még az is, a kitől az örökséget kipereltem, visszanyerheti tőlem a hereditatis petitióval. (A petitorium és possessorium közti rendes viszony l. 216. l.) Az lesz a végleges győztes, az igazi örökös, a kinek a hereditas petitiója van. De még ha a másik is az igazi örökös, a míg ez ki nem derül, nálam marad a fenti két eszköz egyikével megszerzett örökség. Ennek az az előnye is van, hogy a megindítandó örökségi perben én vagyok az alperes és így elérem, hogy addig, a míg tőlem ki nem perli, bona fide én húzom az örökség gyümölcseit.

Az *interdictum quorum bonorum* i. adipiscendae possessionis. Eleinte a bonorum possessor védelmére szolgált, később azonban a hereditas (civiljogi örökség) a bonorum possessióval (praetori örökség) egyesülvén, megkapta a heres ép úgy, mint a bonorum possessor, valamint a bonorum possessor is megkapta a hereditatis petitiót. Ekkor már nem a bonorum possessor végleges védelmére szolgált, hanem ideiglenes védelmére a valószínű intestat örökösnek. Az *interdictum quorum bonorum* tehát az kapja meg, a ki a maga intestat öröklési jogát valószínűsíti. Ha pl. az elhunyt fia kéri, az könnyen megkapja, mert ő a valószínű örökös, már távoli rokonnak nehezebben adja a bíró, t. i. csak akkor, ha valószínűsíteni tudja, hogy közelebbi rokon nincs. A mi az i. qu. b.-ra áll intestat öröklésnél, áll a *missio Hadrianaról* a testat örökös esetében. A ki prima facie helyes végrendeletét felmutat, missio in possessionemet nyer, azaz azt követelheti a hagyatéki birtokostól, hogy adja ki neki a hagyatékot. Az erre szolgáló jogeszköznek neve voltaképen

remedium ex lege ultima codicis de edicto divi Hadriani tollendo. Ezt a furcsa nevet azért kapta, mert Hadrianus császár edictumban rendelte el ezt a jogeszközt, de bizonyos feltételekhez kötötte, így pl. hogy a végrendelet a bíróság előtt nyitandó fel, az örökösödési adó rögtön lefizetendő és az elhunyt halála után 1 éven belül kérendő. Iustinianus ezt a Cod. VI. k. 33. tit.-ában megreformálta (*edictum divi Hadriani tollitur*) és mindezen korlátok nélkül megadja a röviden ú. n. *missio Hadriana*-t.

Az örökös tehát vagy mindjárt be akarja bizonyítani a maga örökösi *qualitását*, akkor *hereditalis petitio*ja van és akkor bele kell neki mennie az alperes által felhozott összes kifogásokba, vagy pedig csak a birtokát akarja a hagyatéknak, a mikor örökös voltát nem bizonyítania, hanem csak valószínűsítene kell, és a mikor alperes nem is emelhet kifogásokat. A praetor ugyanis *prima facie cognoscál*, és azért semmiféle komplikált kifogást tekintetbe nem vesz. Ez minden *possessorium*nak a sajátja.

A mai jogokban az *interdictum quorum bonorum* és a *missio Hadriana* ebben a formában, ezen név alatt ugyan ismeretlen, de azért alapgondolatuk ma is meg van valósítva. Ezt a *functiót* nálunk és Ausztriában a hagyatéki eljárás végzi. A hagyatéki eljárás nálunk igen sok, mondhatni a legtöbb esetben *obligatorius*, így kötelező mindig, ha kiskorú van érdekelve, ha ingatlanról van szó, de még oly esetekben is, mikor nem *obligatorius*, követelheti az örökös. Célja pedig az, a mi a római *int. quor. bon.*-nak és *missio Hadrianának*. A bírósághoz fordulnak, hogy tessék bennünket beutalni a hagyatéki birtokába, tessék ránk utalni a hagyatéki birtokát attól, a ki jelenleg benne van, még pedig annak az alapján, mert mi egyelőre valószínűsítjük, hogy mi vagyunk az örökösök. Már most az így beszélők vagy egyetértünk, akkor a bíróság rajtunk segít, vagy pedig ellenkezünk egymással, és akkor a maga módja szerinti *contradictorius* eljárás után az utaltatik birtokba, a ki erősebb jogát valószínűsíti. Ezzel a hagyatéki eljárás be van fejezve. Ezzel tehát ma ugyanazt az eredményt érjük el, a melyet a római örökös *praetendens* a fenti két eszközzel ért el.

A *missio Hadriana* a maga neve szerint, sőt némileg a maga természete szerint is néhány más *missióra* emlékeztet, a melyekről beszélni azonban nem itt van helyén. Ilyen (l. 142. l. és 307. l.) a *bonorum possessio* vagy *missio ventris nomine*. Ha t. i. az örökös még csak *nasciturus*, akkor anyja kérheti, hogy a hagyatékbba utaltassék és a gyermek születéseig *alimentatiót* nyerjen. Ilyen továbbá a *missio ex Carboniano edicto*. Ha t. i. valamely lemenő *impubes* örökösnek ez a minősége tagadásba vétetik, akkor a pert in *suspensio* kell hagyni, míg pubertását, perképeségét el nem nyerte, addig pedig a hagyatéki birtokába utaltatik. Ide tartozik a *m. furiosae nomine*. Ha ugyanis az örökös örült, sem ő, sem gondnoka az örök-

séget el nem fogadhatja, és azért a praetor a gondnokot a hagyaték birtokába utalja. Ha a tébolyodott később észre tér, nyilatkozhatik, elfogadja-e az örökséget vagy sem, ha pedig mint furiosus hal meg, úgy tekintetik, mintha nem is létezett volna. Ez a három possessorius, interimistikus eljárás ugyan, de azért nem ebbe a fejezetbe való. Megjegyzendő különben, hogy ezeket a birtokbatalásokat a praetor mindig decretum formájában rendelte el esetről esetre, azért egy néven *bonorum possessio decretalis*nak nevezetnek, szemben a praetori edictum rendes bonorum possessiójával, melyről a következő fejezetben lesz szó, és a mely szemben e rendkívüli birtokbatalásokkal *bonorum possessio edictalis* nevet visel.

II. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG KELETKEZÉSE.

161. §. Történeti áttekintés.

Az örökjog dogmatikáját mi a iustinianusi jog szerint adjuk. Hogy azonban ezt teljesen megérthessük, rövid történeti áttekintést kell nyújtanunk. A iustinianusi jog tudvalevőleg hosszú évezredes fejlődés eredménye, a melyben három fokot kell megkülönböztetni. Az első a régi, nemzeti civiljogé, a második a praetorié, a harmadik a császárié. Ezt a fejlődést fejezi be Iustinianus a maga noveláiban. Az institutiókban még nem található meg az egységes reform, ott még vegyesen össze vannak állítva a különböző maradványok. Iustinianus csak a codificatio után szakít a régi rendszerekkel és alapítja azt az újat, a melyet a pandektákban elő kell adnunk.

I. A régi nemzeti jog öröklése a *hereditas*. Ez a szó jelenti egyrészt a hagyatékot, jelenti másrészt magát az öröklés tényét, a melynek tárgya a hereditas, mint hagyaték. A kik pedig az örökjogot külön subiectiv jognak veszik, ezt is hereditasnak nevezik. A hereditas, az öröklés, végment első sorban testamentum alapján, ha ez nem volt, ab intestato bizonyos rendben. Jellemző, hogy a 12 t. t. ezt a rendet úgy fejezi ki: *cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*. Nem azt mondja, hogy ha nincs suus, akkor a legközelebbi agnatus legyen heres, örökös, hanem azt mondja: familiam habeto. Ez a szöveg arra az ósfelfogásra vezet vissza, hogy heres voltaképen csak a suus. Ez *heres suus necessarius*, a szónak kétféle értelmében. Az apa szükségképen ennék a suusnak kell, hogy hagyja az örökséget. (Az persze az apától függ, hogy ki legyen a suusa. Ő a gyereket esetleg fel sem veszi, ius tollendi, vagy ha fel és így familiájába vette, életében is kidobhatja, másnak adván in mancipationem, halála esetére is kilökheti a családból, exsuusná, exheressé teszi. Ezek családjogi kérdések.) Örökös csak a suus. De necessarius heres a suus oly értelemben is, hogy

a mi örökségképen rá száll, az rajta marad, visszautasítási joga nincs. Megkapta ugyan később a praetortól a *beneficium abstinendit*, t. i. ha úgy kérte, a praetor őt nem tekintette örökösnek és az ellene forduló hagyatéki hitelezőktől az actiót denegálta, és így praktice a suus mégis visszautasíthatta az örökséget. Ez azonban csak praktice van így, mert ius civile szerint tovább is ő marad az örökös, *semel heres, semper heres*. A suus tehát annyira necessarius heres, hogy vi legis veszi át az örökséget, sem elfogadási, sem elfoglalási actusra nincs szüksége. Ő ipso facto, az apja halálával herusa az örökségnek. (Ilyen ipso facto ú. n. *necessarius heres* a suuson, t. i. a paterfamilias közvetlen hatalma alatt állón kívül a rabszolga is, ha t. i. gyszersmind szabaddá bocsáttatik, a mi Iustinianus szerint az örökös kinevezéssel eo ipso jár, mert különben nincs öröklési képessége. Ez azonban csak oly értelemben necessarius heres, hogy vi legis nyeri az örökséget, ha örökös, nem utasíthatja vissza, de nem kell örökösnek lennie, mint a suusnak. Továbbá nem is nyeri a beneficium abstinendit. Rajta a praetor úgy segített, hogy ő csak a hagyaték erejéig szavatol.) A suus és minden más örökös közt különbség van. Mindenki más, ha t. i. suus nincs, nem ipso facto, az örökhagyó elhunytával nyeri az örökséget, hanem csak per acquisitionem, különös elfoglalási actus által, van tehát visszautasítási, repudiationalis joga. Az ilyen örökös *heres extraneus* vagy *voluntarius*.

A régi civiljog mint mondtuk, megkülönbözteti az ex testamento és az intestat öröklést. Vajjon azonban a kettő közt a legrégibb időtől fogva a viszony olyan-e, hogy in idea fő a testat öröklés, és az intestat csak subsidiarius-e, erre nézve a nézetek eltérnek. Az igazi ősz alakulat az, hogy ha suus van, mindenképen ő az örökös. A testamentum eredeti functiója nem örök-, hanem családjogi, t. i. a paterfamilias, a mint életében, úgy halála esetére is befogadott és kizárt tagokat a családból. Az idegent herussá, azaz suussá tette, saját gyermekét, unokáját (ha közvetlenül állott hatalma alatt) exherussa, exsuussá tette, kizárta nem az örökségből, hanem a családból és ez által közvetve az örökségből is. Ha suus nincs, t. i. nincs, a ki a paterfamilias közvetlen hatalmában áll, akkor beáll az a rend, a melyet a 12 t. t. említ, a mely szerint bizonyos személyek (suus hiján a legközelebbi agnatus, agnatus hiján a gentiles) familiam habento, a hagyaték rájuk száll, de csak ha elfogadják és elfoglalják. Kik ezek az agnatusok? Agnatus oly személy, a ki férfi felmenők által van az örökhagyóval összeköttetésben, agnatusok tehát azok, a kik egy paterfamilias hatalma alá tartoznak, vagy tartoznának, ha az még élne. A suus (a paterfamilias saját vagy adoptált illetve arrogált gyermeke, ha emancipálva nincs, felesége, mert uxor in manu filiae loco est, unokája, ha apja meghalt vagy emancipálva van, dedunokája stb., ha felmenők már nincsenek a paterfamilias hatalma alatt) eo ipso agnatusa is az

örökhagyónak, de technice csak az ezeken kívüliek, kik per virilem sexum vannak az elhunyttal kapcsolatban, nevezetnek agnatusoknak. Agnatus tehát az elhunyt unokája, ha még apja él és emancipálva nincs, egy apától származó testvére stb. A főszabály az agnatio megismerésére, hogy az illető személy és az örökhagyó közt csak férfiak álljanak. Magának az elhunytanak is férfinak kell lennie, mert nőnek sem suusa, sem mint örökhagyónak agnatusa sincsen, *mulier est caput suae familiae et finis*, vagyis lehet sui iuris, esetleg nem áll másnak hatalma alatt, de neki sem állhat senki a patria potestas alatt. Ha ilyen agnatus sincs, *cui agnatus nec escit* (est helyett), *gentiles familiam habento*. A gentilitas az agnatio oly széles köre, a hol az elhunyttal való összeköttetést fejenként kimutatni nem lehet, csak annyi ismeretes, hogy az illető az elhunyttal egy törzsből származott, a mire a *nomen gentilicium* mutat. A gentiles praesumált agnatusok. A gentiles öröklése a császárság idején megszűnt épen a ~~z~~ág meghatározás miatt.

A 12 táblás törvénynek ez az öröklési rendje sajátyszerű szemben a justinianusival és a maival. A suus csoportjában pl. nem örököl az elhunyt saját gyermeke, ha emancipálva van vagy másnak van in adoptionem adva, ellenben örököl az idegen, a ki adoptálva illetve arrogálva van és örököl az elhunyt felesége, az uxor in manu. Ezért mondják *uxor in manu filiae loco est*, bár valójában nem testvére ő a saját gyermekeinek, tehát agnatusa sem. Nem örököl tehát a gyermek az anya után, sem az anya a gyermek után. Furcsa az agnatusi csoport is. Ott első sorban az elhunytanak egy apától való testvérei (germani és consanguinei) örökölnek, már a csak egy anyától közös féltestvérek (uterini) nem. Agnatus lehet ugyan nő is, ha az elhunyttal őt összekapcsolók mind férfiak pl. apja az elhunytanak apai fivére, nagybátya vagy apai unokafivére stb., de már a *lex Voconia* 164-ben a nők hátrányára úgy interpretal, hogy nem minden ilyen agnata örököl az agnatusok rendjében, hanem csak az elhunytanak consanguinea sorora, apai nővére, minden más távolabbi kapcsolatú nő, ha per virilem sexum kapcsolódik is az elhunythoz, nem örököl. Ha az apám nővére volna a legközelebbi agnatusom, ez nem örökölné utánam. Ezt a megszorítást Iustinianus eltörölte valószínűleg felesége befolyása alatt.

A 12 táblás törvény öröklését tehát első sorban az jellemzi, hogy a patria potestas a mértékadó. A másik az, hogy csak egyszerűes delatiót ismer. A ki a fenti rend szerint hivatalos az örökléshez, az, nem beszélve a suus heresről, ha tetszik, elfogadhatja az örökséget, ha nem tetszik, nem fogadja el. De ha el nem fogadja vagy el nem fogadhatja, mert pl. az örökség megnyílása után meghalt, további delatiónak helye nincs, végig ő marad a delatus. Tehát, ha proximus agnatusom a testvérem, de neki az örökség nem

kell, vagy meghal, mielőtt elfogadta volna, akkor az örökség nem száll távolabbi agnatusra, vagy ha ilyen nem volna, a gentilesre, mert csak egyszeri delatiónak van helye. Tehát sem ugyanabban az ordóban távolabbi gradusnak, sem távolabbi ordónak nem fog az örökség deferáltatni. Ezt úgy fejezzük ki, hogy a 12 t. t.-ben nincsen sem *successio graduum* sem *successio ordinum*. Az egyszer deferált, de el nem fogadott örökség *bonum vacans*, bárki beleülhet és 1 év alatt elfoglalhatja (*usucapio pro herede*). Maga az elfogadási actus (*aquisitio, aditio hereditatis*), a melylyel az extraneus heres örökösé lesz, a történeti időben már alaktalan, az elfogadást kijelentheti akár szóval, akár hallgatólagosan, ú. n. *pro herede gestio*. Valószínűség szerint azonban régebben az örökség elfogadása formális ügylet volt, a melynek maradványa a történeti időben is még fennállott, *cretio*. Ez a *cretio*, a mely ekkor már csak az örökhagyó egyenes kívánságára foglalt helyet, régebben valószínűleg általános volt. Formája az, hogy a deferált az örökséggel megkínált tanuk jelenlétében azt mondta: *quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*. Theodosius óta ennek csak akkor volt helye, ha az örökhagyó bizonyos határidő, melynek neve szintén *cretio* vagy *tempus cretionis*, rendszeren 100 nap, kitűzésével elrendelte. A szerint, a mint ez a 100 nap az örökhagyó halálától fogva vagy csak attól fogva számított, mikor a deferált tudomást nyert arról, hogy az örökség neki nyílt meg, hogy ő a delatus, beszélnek *cretio continua* és vulgarisról. Más, fontosabb különbség van a *cretio perfecta* és *imperfecta* közt. Perfecta az, melynél az örökhagyó a maga kívánságát oly sanctióval látta el, hogy ha a delatus nem cum *cretione* foglalná el az örökséget, *exheres esto*, és helyébe a substitutus lép. Ha ez a sanctio nem volt meg, akkor a delatus sine *cretione* is elfoglalhatta az örökséget, de akkor a substitutus társörökösévé lett. (Marcus Aurelius ezeket a szabályokat megszüntette.) Akármilyen formában történt a deferált örökség elfogadása, annak feltétel vagy más kikötés nélkül kellett történnie, mert *semel heres semper heres*. A ki az örökséget így elfogadta, a hagyatéki birtokos ellen, *hereditatis petitio*val élhetett.

162. §. Történeti áttekintés (folytatás).

A civiljogi örökléstől majdnem minden vonásban különbözik az az öröklés, a melyet a *praetori edictum* mutat. A praetori edictumnak ide vágó tétele ránk maradt. Ennek a szövege alapján kombináljuk ki a praetori öröklés kezdetét és fejlődési menetét.

A praetori öröklés világában nem hereditasról beszélünk, hanem *bona*-ról. Ez jelenti az örökséget, a hagyatékot, a melyet a civiljog a hereditas és familia szavakkal jelez. Az öröklés maga *bonorum possessio*, az örökös *bonorum possessor*. Minden valószínűség

szerint ez a praetori öröklés nem egy nap műve, hanem igen óvatos kezdetekből fejlődött. A praetori edictum itt is a rendes stadiumokon ment keresztül. A ius civilevel eleinte nem helyezkedett ellentétbe, iuris civilis adiuvandi causa intézkedett, későbben már a házagait kezdegette kitölni, a hol a ius civile nem intézkedett, ott ő intézkedik és csak százados gyakorlat után merészkedett a civiljoggal ellentétbe helyezkedni. Hogy ez a praetori öröklés menete, abban minden író megegyezik, de már a részletekben eltérnek. Legvalószínűbb az a nézet, a melyet *Leist* a Glück-féle commentárban a dig. 37. és 38. könyvéhez irt öt kötetében fejtett ki. Az ő theoriája szerint a bonorum possessio kezdetben azoknak a támogatására szolgált, a kik a ius civile szerint örökösök voltak, de nem ipso facto nyerték el az örökséget, hanem elfoglalási actusra volt szükségük. Ilyenek az agnatusok, gentilisek vagy végrendelet esetében, minden nem suus, szóval a heredes extranei (vagy voluntarii.) Ezek, ha az örökségbe akarták magukat helyezni, bírói jogsegélyre szorultak. (Ezt az osztr. polg. tk. ma is vallja, szerinte az örökös egyáltalában nincs jogosítva magát az örökségbe helyezni, hanem csak hagyatéki tárgyalás után.) Ilyen heres voluntariusnak adta a praetor a felhatalmazást, hogy az örökségbe helyezze magát és segélykép megadta neki az *interdictum quorum bonorum*-ot. Ezt az esetet az edictum, melynek szövegét Ciceronak in Verrem-je tartott fenn számunkra (II. 1. cap. 45. §. 117) úgy fejezi ki: *si de hereditate ambigitur*, kétes pedig akkor volt a helyzet, ha nem volt suus. Ilyenkor volt tehát helye bonorum possessionának és vele kapcsolatos *interdictum*-nak. A célja ennek az volt, mint a források mondják, ne diutius bona vacua iacerent, hogy a hagyatékok sokáig gazdátlanul ne heverjen. A praetor ezt a hagyatéki birtokot tehát azért adta, hogy az örökséget az örökös igénybe vegye, de, és ez a lényeges, csak annak adta, a ki valószínűsítette azt, hogy ius civile szerint ő az örökös. Ha ketten jöttek, az egyik mint végrendeleti örökös, a másik mint agnatus, akkor az kapta, a ki végrendeletre hivatkozott. Az azonban, hogy a praetor valakinek megadta a bonorum possessiót, nem zárja ki, hogy az, ki magát örökösnek hiszi, vagy az is, hereditatis petitioval fel ne lépjen és ha örökös voltát be tudja igazolni, a bonorum possessor engedni kénytelen. Utóbbinak csak *bonorum possessio sine re* van. Így megadta pl. a praetor a bonorum possessiót a következő esetben: A civiljogi örökös a proximus agnatus nem jelentkezik, nem kéri a praetortól a bonorum possessiót. Ez esetben, ha a praetor közbe nem lépne, akkor a proximus agnatus örökké örökösjelölt volna ugyan, neki marad a hereditas deferálva, de azért a hagyatékok mégis uratlanul heverne. Hogy ez meg ne történjen, ne quis sine successione moriatur, a praetor a proximus agnatus delatusságának fentartásával a hagyatékok birtokát megadja a *távolabbi* fokú agnatusnak, ha ez bizonyos időn belül nem jelentkezik, a gentilisnek. A praetor megtartja tehát a civiljogi rendet és

így adja a bonorum possessiót, de csak ideiglenesen. Ha t. i. a civiljogi örökös meggondolja magát, el fogja perelhetni a javak birtoklását. A praetor tehát egyrészt a valószínű örökösnek adja a bonorum possessiót, másrészt pedig, ha az előtte is ismeretes civiljogi örökös nem kéri a hagyatékot, megadja a távolabbi civiljogi örökösnek. Ez utóbbi esetben a praetor már szembe helyezkedik a civiljoggal, de a candidatusok tekintetében még semmit sem újított, újítás csak az, hogy megadja birtokot annak, kinek az örökség deferálva nincs, de deferálva volna, ha közelebbi rokon nem volna. A praetor birtokbatalása még nem adta meg véglegesen az örökséget, a bonorum possessor csak sine re volt, a valódi heres őt kiszoríthatta. Ennyiben a praetori edictum successorium a heresre veszélyes nem volt, de veszélyessé lehetett, a civiljog elismerte usucapio pro herede kapcsán. Ha t. i. valaki a hagyatékot egy évig zavartalanul birtokolta, az év múltával az el is birtokolta, örökkössé lett. Ily módon, ha a bonorum possessorral szemben a heres egy esztendeig nem jelentkezett, előbbi lett civiljogilag is örökkössé. A praetor tehát indirekte kényszerítte a heresre, hogy egy esztendő alatt jelentkezzen. A kezdetleges praetori beavatkozásból tehát oda fejlődött a dolog, hogy bár praetor heredem facere non potest, in factum mégis csinál örököszt. A praetor felállítja az edictum successoriumot a következő egymásutánban. Azt mondja, megadom a bonorum possessiót annak, a ki testamentumot tud felmutatni, ha bizonyos időn belül jelentkezik. Ez az idő ascendensekre és descendensekre nézve egy annus utilis, mindenki másra 100 na- liter számított nap attól fogva, hogy az illető az örökhagyó haláláról tudomást szerzett. Ha ezen időn belül valaki civiljogi testamentumot felmutat, megkapja a bonorum possessiót. Ha ez az idő elmúlik, akkor másod sorban az intestat örökösök jönnek, még pedig először a proximus agnatus, másodsorban a távolabbi agnatusok fok szerint, és ha 100 nap alatt ilyen sem jelentkezik, a gentiles. Ez az az edictum, melyet a források említenek. De már Cicero, a ki ezt a szöveget közli, hozzáteszi azt a clausulát, hogy ha sem testamentum alapján, sem az intestat nem jelentkezik senki a kellő időn belül, akkor, így szól a praetor, si qua mihi iusta causa videbitur, megadom másnak is a hagyatéki birtokot. Ezt tehát még mindig iuris civilis supplendi gratia teszi. Ekkor fejlődött ki a bonorum possessio cognatorum, unde vir et uxor. Mikor a praetori hatalom megerősödésével a praetor a jog egyéb terein is fel mert lépni contra ius civile, akkor ezeknek az eleinte bonorum possessiót csak iuris civilis supplendi gratia nyerhetőknek, a ius civile ellen is megadta a hagyatékot. Megjött az idő, a mikor a praetor ezeknek a bonorum possessoroknak úgy adta meg a hagyatékot, hogy ha később a heres hereditatis petitióval lépett fel ellenük, czélt nem ért, mert a bonorum possessor exceptiójával visszaverhette. A bonorum possessor megtartotta a hagyatékot, nem sine

re, hanem *cum re van bonorum possessio*ja.*) Csak ekkor lehet valóban praetori örökösről beszélni, csak akkor van praetori öröklési rend. Kik ezek a személyek, a kiknek javára a praetor ezt az exceptiót megadta? Ilyen első sorban az emancipatus. A praetor méltányosnak találta, hogy az emancipatus a suusokkal együtt örököljön. Ha már most az emancipatus megkapta a bonorum possessiót pl. suus híján egyedül, hiába lépett fel a proximus agnatus a hereditatis petitióval. Ez a praetori öröklés harmadik stadiuma, a bonorum possessio iuris civilis corrigendi gratia adatott meg. Ez a stadium a Kr. u. második század közepén van befejezve, úgy hogy azt lehet mondani, az Antoninusok, sőt nagyjában már az edictum perpetuum idejében a civiljogi öröklési rendszer mellett külön praetori rendről is lehet beszélni. Ez odáig fejlődött, hogy Iustinianus idejében már bonorum possessio sine re alig van. A praetori rend a civilis öröklést teljesen kiszorította, illetve magába felvette.

Az így kifejlődött praetori öröklési rend a következő: Első sorban jön végrendeleti örökösdés. Ha végrendelet van, akkor elsőszőr is 100 napig vár a praetor, nincs-e valaki, a ki contra tabulas testamenti végrendelet ellenére kér örökösdést, mert ha valaki a végrendelet ellenére való örökösdési igényét igazolni tudja, a miről később lesz szó, az idézett edictum primum edictuma szerint ez kapja meg az örökséget. Ha contra tabulas senki sem jelentkezik, akkor másodsorban a végrendeleti örökös kapja a bonorum posses-

*) A bonorum possessor ily módon a praetortól bonitar tulajdont nyert a hagyatéki dolgokra. Ha bonitar tulajdon alatt (l. 228. l.) csak a szerzősmód hibás volta miatt nem szerzett quiritar tulajdont értjük, akkor a bonorum possessio természetesen nem bonitar tulajdon (l. 230. l.), a mint hogy voltaképen a bonorum possessio mint örököségi helyzet, egyáltalában nem önálló, sui generis jog. Hogy a bonorum possessornak, qua ilyennek interdictum quorum bonorum van, az nem teszi a b. possessiót sui generis joggá, mint a hereditást sem teszi azzá a hereditatis petitio. A bonorum possessornak tehát a hagyatékra nincs bonitar tulajdona, de már az egyes hagyatéki tárgyakra igen, mert hiszen az oly alperes ellen, a ki sem pro herede, sem pro possessore nem bírja a dolgot, nem fordulhat az interdictum quorum bonorummal az ellen singularis keresettel, actio Publicianaval, kell fordulnia. Ily értelemben módosítandók a 230. l. második bekezdésében mondottak. Ugyancsak a bonitar tulajdonra vonatkozólag a 229. oldalon kijavítandó, illetve kihagyandó alulról számítva a 20. sortól (A Publiciana stb.) a 14. sorig (régebbi); helyébe teendő a 273. l.-ról a 3. bekezdés 8. sorától (Ha a birtokos) 16. soráig (actióját), de úgy hogy bonae fidei possessio helyett mindenütt bonitar tulajdon olvassandó. Ugyancsak itt akarok arra utalni, hogy a Publiciana actióra nézve is látszólag ellenmondások találhatók könyvemben. Egyik helyt in ius, másikon in factumként van feltüntetve. Ez úgy értendő, hogy valóban in ius van concipialva, de mert számára az edictumban állandó schema proponálva nem volt, és a praetor esetről esetre, in factum, concipialta a formulát, in factumnak is nevezik. Itt az in factum név nem az intentio szövegezésére vonatkozik, mert a Publiciana intentiója in ius van concipialva, ezért a rendes igazi in factum actióktól megkülönböztetendő, az ilyen esetről esetre kiadott, de in ius concepta actiókat, in factum civilis actióknak nevezik.

siót, de csak sine-re. Ha 100 napon belül ilyen sem jelentkezik, akkor a praetor megnyitja a bonorum possessio intestatit. Ebben az az edictum perpetuum idején a sorrend már nem az, a melyet a 12 táblás törvény mutat. Új sorrend keletkezett, mely felöli ugyan a ius civile szerinti sorrendet, de azt tetemesen kibővíti. Jelesül első sorban 1 évig az unde liberi osztályából valók jelentkezhetnek, másodsorban az unde legitimi, értve ezek alatt a 12 táblás szerinti örökösöket, ezek nem jelentkezése esetén az unde cognati, végül unde vir et uxor. A bonorum possessiót a praetor tudvalevőleg az extraneus heres, nem a suus számára hozta be. Tényleg a praetor a hol az edictum unde legitimiről beszél, kezdetben csak az agnatus és gentilist említi. Később, mikor az emancipatusnak is megadta a bonorum possessiót, nem adhatta azt kizárólag neki, meg kellett adnia a suusnak is. E kettő együtt alkotta az unde liberi osztályát. De ha egyszer ide bevette a suust, be kellett vennie az unde legitimi osztályába is, úgy hogy a suusok úgy az első osztály, mint a második osztály terminusában jelentkezhettek.

Igy fejlődött a praetori öröklés, a mely szintén universalis successio, de persze az örökös védelmi eszközei a bonorum possessort csak utiliter illetik meg ficto se herede. Mint universalis successor a singularis keresetekkel is élhetett, persze megint csak fictióval, si heres esset. A hagyományosok és egyéb hitelezők fordulhatnak ellene, de csak fictitia actio segítségével. Ezek perjogi különbségek. In merito különbség nincs. A megszerzési actus ellenében a hereditásának formátlanságával formái volt, a praetorhoz írásbeli kérvényt kellett beadni, petitio, agnitio bonorum possessionis, a mire a praetor datio b. p. útján megadta. Ismerte tovább a praetor szemben a civiljoggal a successiót úgy az ordókban, mint a gradusokban, a mint ez különben a fejlődés menetéből is kitűnik.

Iustinianus idejében tehát a praetori öröklés a mérvadó. A civiljogi öröklés is érvényesült ugyan, de csak abban a sorrendben, a melyben az edictum praetoriumban szerepelt. Ha tehát az emancipatus ellen az agnatus kérte az örökséget, visszautasított, ellenben, ha suus lépett fel, osztozkodott az emancipatussal. Megvan ugyan a civiljogi és praetori öröklés dualismusa, de teljesen rendezve a praetor által. Ehhez hozzájárult a későbbi császári jog, a mely a régi civiljogot fejlesztette tovább, megadván Hadrianus idejében a SC. Tertullianumban az anyának a gyermeke, Marcus Aurelius idejében pedig a SC. Orphitianum alapján a gyermeknek az anyja utáni öröklést. Így az anya, illetve a gyermek a legitimi osztályába került, holott ezelőtt csak a cognatusok osztályába tartoztak.

Ezt a hármas eredetű jogot tünteti fel Iustinianus codificatiója. Csak később novelláiban vonja le az 1000 éves fejlődés sommáját és életbe léptet egységes új öröklőjogot. A justinianusi 118-ik és 127-ik novella óta csak egy öröklési rend van, a justinianusi. Más

118.

az intestat örökösök rendje, más a végrendelet formája, és más a szükségjog, mint azt később látni fogjuk. Tartalmilag a justinianusi örökjog részben a praetornak, részben a civiljognak gondolatait valósítja meg, de alakilag egységes új. Ez óta mindegy, hereditasnak, vagy bonorum possessiónak nevezzük-e az öröklést. Régi értelmében egyik név sem áll, csak nem technice, vagy mondjuk, új s modern technikus értelemben beszélünk hereditasról. Előfordul ugyan néha a bonorum possessio név is, pl. fentartja a bonorum possessio unde vir et uxor-t (ez a legfontosabb eset), de hogy ennek nevezzi, voltaképen pongyolaság, használja a helyett, hogy azt mondaná, végső sorban én is a praetorhoz hasonlóan a férjnek, illetve a feleségnek adom a hagyatékot. Másik idevágó eset az, hogy Iustinianus megtartotta a praetornak azt a rendelkezését, hogy bonorum possessio secundum tabulast adott, ha az egyszer revocált végrendelet a helyette készítettnek revocálásával ismét életbe lépett, a mi a civiljog szerint érvénytelen volt. Iustinianus is úgy fejezi ki magát, hogy bonorum possessio secundum tabulast ad ilyenkor. Tartalmilag azonban ez ép oly öröklés, hereditas, mint minden más secundum tabulas öröklés.

163. §. Az örökjog keletkezése általában.

Az a tényállás, hogy valaki örökössé legyen, több tényből alakul össze. Először is szükséges, hogy az örökhagyó meghalt vagy holtta nyilvánított legyen. *Viventis nulla hereditas*. Másodszor szükséges vagy az elhunytanak a maga módja szerint nyilvánított akarat (végrendelet, szerződés), vagy az elhunythoz való bizonyos, rendszerint rokonsági, családi kapcsolat. Lehet ez a kapcsolat nem családi is, pl. az államhoz, a hadtesthez való viszony, mert tudvalevőleg bizonyos esetekben az állam, katona után hadteste örököl. Lehet más is, pl. a patronus és libertinus is örökölnék egymás után. Az örökhagyó halálán kívül e két tény közül az egyiknek fenn kell forognia és szerintük beszélünk *törvényes (intestat) és végrendeleti öröklésről*. De még ez a két tény sem keletkezteti az örökjogot, ez csak arra elegendő, hogy előálljon az az állapot, melyet a római jog deferitur hereditasnak, *delatió*nak nevez. Ez csak arra elegendő, hogy az örökség megnyíljon, azaz arra, hogy a jogosult, a candidatus személyt feljogosítsa arra, hogy egyoldalú actusa által az örökséget elfoglalja. *Delata hereditas est, quam quis potest adeundo consequi*. Ez tehát csak örökösjelöltté tesz. Maga az öröklés csak azzal a harmadik ténynyel áll elő, hogy a deferalt személy a maga módja szerint kijelentse, hogy az örökséget akarja is. Ezt össze lehetne hasonlítani a contractussal. Van ajánlat, a delatio, de a joghatás csak az elfogadással áll be. Ez azonban csak képlet. Az elhunyt és az örökös közt nincs szerződés, mint a hogy azt az észjogászok valaha feltűntették, nem szerződés azért, mert az örökhagyó akarata

t. i. a végrendelet, és az örökös elfogadása nem egymáshoz irányított akaratnyilvánítások, itt két successiv egyoldalú ügylettel (intestat öröklés esetén csak 1-gyel) van dolgunk, nem egy kétoldalúval.

Ez a hármás tényállás csak nagyjában áll, mert bizonyos személyek, az ú. n. *heredes domesticus v. necessarius*nél az utolsó tény, az elfogadás ténye esik, illetve a delatioval összeesik. Ezeknél csak két stadium van. Minden más esetben azonban megszerzés is szükséges. Míg ez meg nem történt, addig örökös nélküli hagyatékkal van dolgunk. Örökösjelölt van, de örökös nincs. Még megjegyzendő, hogy a delatio sem esik szükségkép össze az örökhagyó halálával, bár rendszeren így van. Pl. feltételes örökös rendelés van. Ez esetben a delatio csak a feltétel beálltával áll elő.

Az örökhagyó halálától a megszerzés, az elfogadás pillanatáig hosszú út lehetséges. Ez alatt az idő alatt *hereditas iacet*. (A hereditas iacens nem forrásszerű kifejezés, ép úgy, mint nem az a delatio hereditatis kifejezés sem.) A hereditas iacensre nézve már most előáll az a sokat vitatott, bár sehogyan sem praktikus kérdés, hogyan kell felfogni? Alanytalan vagyon-e ez? Vagy ha van alanya, ki az, az örökös-e vagy még az örökhagyó, vagy ha egyik sem, nem-e valamely fictiv személy, szóval nem-e jogi személy a hereditas iacens? Az bizonyos, hogy az örökhagyó nem alanya, mert hiszen meghalt. Nem kevésbé bizonyos az sem, hogy az örökös sem az, mert hiszen ő csak az acquisitíóval lesz a hagyatéka ura. Igaz, hogy ekkor úgy tekintetik majd, mintha már ab ovo lett volna a hagyatéka ura, de azért most ő még sem ura. Hátramarad tehát az a nézet, hogy a hereditas iacens jogi személy. Ez azonban nem magyarázat, mert maga a jogi személy is fölülte kétséges existentia.*) A hereditas iacens helyes elmélettel senkié, alanytalan, de éppen mert az, nem szabad hozzányulnia senkinek, ép úgy mint a res publicae is senkié, de azért még sem occupálhatók. Velük szemben oly magatartást kell tanusítani, mint ha valakinek tulajdonában volnának. A hereditas iacens senkié, de nem mindenkié, nem occupálható, legfeljebb elbirtokolható (usucapio pro herede), de már Hadrianus idejében ez sem lehetséges, sőt

*) L. 40. l. Az ott kifejtett eredménnyel teljes ellentmondásban van az, a mit a testület cselekvési képességéről és organumairól a 175—176. l.-on mondtunk. Ennek magyarázata az, hogy a 40. s köv. lapokon Schwarz nézetét fejtettük ki, holott a testület és alapítvány tanát Gierke és Regelsberger alapján adjuk. Míg utóbbiak szerint a testületnek igenis van cselekvőképessége, addig az uralkodó nézet és különösen a Schwarz theoriája szerint nincs, azon egyszerű és világos érv alapján, hogy cselekedni csak ember cselekedhetik, cselekményi joghatást is csak ő érhet el. Hogy a testületnél az egyes akarata más lehet, mint a mit a testület akaratának nevezünk, egyszerűen azt jelenti, hogy a többség akarata érvényesül. A testület akarata tehát nem egyéb, mint a tagok többségének akarata. Minthogy ez az elméleti eltérés az ott tárgyalt positivumokon nem változtat, a tanulásban remélhetőleg nagyobb akadályt nem okoz.

Marcus Aurelius óta hagyatéki tárgynak elsajátítása delictum (*crimen expilatae hereditatis*).

A justinianusi jogban tehát kétféle örökös van. Olyan, mely csak elfogadással lesz azzá, a ki tehát előbb örökös jelölt és olyan, ki már a delatióval, ipso iure lesz azzá. Az ipso iure hatályt voltaképen a beneficium abstinendi megszünteti, úgy hogy effective mindkét örökös ex sua voluntate az. A delationalis és ipso iure rendszerek az újabb törvényhozásokban is megvannak. Az osztrák jog Erbserklärung-ot kíván, a hazai jog az ipso iure öröklést ismeri. De lege ferenda nagy vita van e tekintetben az irodalomban. Az ipso iure öröklést azzal védik, hogy mellette hereditas iacens nincs, a helyzet egyszerűbb. Ez nem egészen áll, mert hisz a míg az ipso iure örökösnek módjában van az örökséget utólagosan visszautasítani, mégis csak provisorium lesz. Aztán meg az ipso iure örökléssel gyakori az „ismeretlen örökösök” kategóriája, a kik helyett per esetén azok gondnoka ellen kell fordulni. In praxi pedig egész mindegy, a hereditas iacens perelem-e, vagy az „ismeretlen örökösök” gondnokát. Különbség a két rendszer között főleg csak a passiv viselkedés esetén van. A római jogi aditionalis rendszerben a spatium deliberationis elteltével a hallgató örökös-jelölt örökre elveszti az örökséget, az ipso iure öröklési rendszerek-nél örökre az övé marad. Összefügg különben a rendszer kérdése azzal is, vajjon az örökös elvileg csak ad vires hereditatis kötelezzük-e, vagy ultra vires is? Nálunk az előbbi áll, consequens tehát az ipso iure öröklés.

A fentebbiekben láttuk, hogy a delatio tényalapja az örök-hagyó halálán kívül kétféle lehet, vagy az örökhagyó akarata, vagy ex lege az örökhagyóhoz való bizonyos viszony. Rendszerint harmadik delationalis alapot is szoktak említeni, az ú. n. szükség öröklést vagy végrendelet ellenére való öröklést. Ez utóbbi azonban valójában nem külön alap. Ez a szükségöröklés kétféle: 1. alaki mellőzhetetlenség, 2. köteles részi (anyagi) szükségöröklés. Az alaki mellőzhetetlenség abban áll, hogy bizonyos személyeknek benne kell lenniök a végrendeletben. Ez nem külön delationalis tényállás. Hisz akkor külön alap volna az is, hogy nagybátyám (legközelebbi rokonom) örököl azért, mert a végrendeletemnél 7 tanu nem volt. A mint a 7 tanu, vagy a heredis institutio a végrendelet alaki kelléke, úgy az is csak az, hogy bizonyos személy nevének elő kell a végrendeletben fordulnia. Ha ez az alaki kellék fenn nem forog, akkor ex lege áll be az öröklés, nem pedig külön alapon. A köteles részi jogot illetőleg a helyzet kétféle. A köteles részre jogosult vagy semmit sem kapott, a mikor is querela inofficiosa testamenti-vel a végrendeletet megdöntheti (mások szerint a novellaris jog szerint ez ipso iure semmis, és így a köteles részre jogosultnak hereditatis petitioja van) és beáll az öröklés ab intestato, ex lege, — vagy kapott valamit, de portio debitájánál kevesebbet és

ez esetben heres ex testamento a kapott tekintetében, a köteles részt kiegészítő rész tekintetében pedig actio suppletóriájával (actio ad supplendam portionem debitam) praelegatumot kap.

Eredményünk tehát az, hogy a delatióknak csak két alapja van: testamentum és lex. (Windscheid a hármas, Unger, Arndts a kettős beosztást követi.) Voltaképpen a testamentarius öröklés is ex lege áll be, jogszabályon alapul, a végrendelet is jogtételt állít fel, melyet a jogrend eleve elismer. A testamentum rendelete dispositív jogszabály, az törvényes öröklés subsidiaris. E felfogással szemben, hogy t. i. a végrendeleti öröklés is a törvény erejénél fogva áll be, az észjogászok azt állítják, hogy a testamentum a prius. (Kant szerint a testamentum jogtörténeti oka a tulajdonjog, és a törvényes öröklés csak annyiban jogosult, a mennyiben az elhunytak valószínű akarata. Szerinte a törvényes öröklés quasi praesumált végrendelet.) Az észjogászok ez az okoskodása helytelen. A történet tanúsága szerint mindentűt a törvényes öröklés a prius. Mutatják ezt az ázsiai jogtörténetek (Mayr Aurel: Das indische Erbrecht) ép úgy, mint az európaiak. Nálunk az országbirói értekezletig csak a szerzeményi vagyonról lehetett végrendelkezni. Hogy a római jogban is így lehetett, nagyon valószínű, a mint azt Karlowa, Hölder és mások próbálják bebizonyítani. Az ősi vagyon, a familia az ipso iure a suusé volt, qui etiam vivo patre dominus existimatur és csak a szerzeményi vagyon a pecunia volt valószínűleg az, melyről a paterfamilias rendelkezhetett. A 12 táblás törvény is csak a pecuniára nézve szól a végrendeletéről (uti legassit super pecunia tutelae suae rei, ita ius esto). Törvényes örökléssel minden primitív nép jogában találkozunk, végrendelettel, a mai értelemben, csak a rómaiaknál. Már ezért sem lehet az intestat öröklés az elhunyt praesumált akarata. De ellene szól ennek a felfogásnak még számos más körülmény is. Pl. az elhunyt kijelentette, hogy mit akar, vagy végrendeletet csinált, a mely azonban hibás, be fog állani a törvényes öröklés, holott bizonyos, hogy nem az elhunyt akarata. Vagy ha csecsemő, örült hal meg, szó sem lehet róla, hogy valami öröklési rendet akartak volna. A praktikus következmények ellent mondanak e theoriának. Ellentmond neki továbbá a nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest szabálya is. A római jog szerint az öröklés vagy ex testamento vagy ab intestato nyílik meg, egyik a másikat kizárja. Úgy senki sem halhat meg, hogy öröksége egy részét végrendeleti, a másikat törvényes örökösök nyerjék. Ha már most valaki tudatosan csak vagyona egy részéről disponál végrendeletében, a többiről meg nem intézkedik, igen valószínű, hogy a nem disponált részben a törvényes öröklési rendbe nyugodott bele. És mégis mi történik? A nem disponált részt nem a törvényes örökösök kapják, pedig itt tényleg ez volna az elhunyt igazi akarata, hanem megkapja az, a ki a disponált részt kapja. Végeredményünk tehát az, hogy

az elhunyt akarata csak akkor mértékadó, ha végrendelet formájában van kijelentve. A praesumált akarat sem a végrendelet mellett, sem annak híján nem jó tekintetbe. Tapasztalatszerűleg is különben az emberek nem azért szoktak végrendelkezetlenül meghalni, mert belenyugodnak a törvényes öröklésbe, hanem vagy azért, mert nincs semmijök, vagy mert nem törődnek a jövővel, hol meg babona, leggyakrabban meg a hozzá nem tudás — ezek azok az okai annak, hogy a legtöbb ember nem végrendelkezik. Arról, hogy az elhunyt a törvényes öröklési renddel való megelégedése miatt nem végrendelkezik, legfeljebb akkor lehet szó, ha az örök-hagyónak gyermekei vannak.

De ha a törvényes öröklést nem is lehet az örökhagyó praesumált akaratára visszavezetni, ez a nézet mégsem egészen alaptalan. Annyi igaz, hogy de lege ferenda, ha arról van szó, hogy minféle törvényes öröklési rendet állítsunk fel, a mértékadó szempont az, hogy az átlagos tisztességtű emberek zöme tapasztalatszerűleg mit szokott akarni. Ha a törvényhozó nem ebből indulna ki, akkor ellentétbe helyezkednék a közérzülettel és ép azért, mert az emberek még nem igen szoktak végrendelkezni, meg lehet kívánni a törvényhozótól, hogy helyettük gondoskodjék a hagyatékról. Mint legislatív politikai zsinórmértéket ezt a gondolatot elvetni nem szabad.

A római végrendelkező nép volt, a minek egyebek közt az is a magyarázata, hogy Rómában középosztály nem volt, a vagyonos osztály pedig ma is végrendelkezik. Így ma is a leginkább végrendelkező nép az angol és az amerikai. Legare super familia pecuniave a római embernek becsületbeli kötelessége volt, beszéltek testamenti diligentiaról, mint a paterfamilias kötelességéről. Hogy mennyivel fontosabb volt náluk a végrendeleti öröklés, mutatja az is, hogy a törvényes öröklést intestatnak, végrendelet nélkülinek hívták. Lassalle az egész különbséget a római és german jog közt ebben foglalja össze. Összefügg ez különben a rómaiak életével, szokásával is. A végrendeletben első sorban kellő eltemettetésükről gondoskodtak. A végrendeleti örökös vagy hagyományos vezette a gyászkisérteket, a forumon dicsbeszédet mondott. Cicero büszkélkedik vele, hogy vagy két milliót harácsolt össze így legatumokban.

A végrendeleten és törvényes öröklésen kívül beszélnek még harmadik delationalis alapról is, t. i. az öröklési szerződésről. A római jogban egészen Iustinianusig ez az öröklési szerződés ismeretlen, illetve tilos volt. A de inutilibus stipulationibus (Iust. III. 19.) titulusban ez is fel van sorolva mint érvénytelen szerződés. A rómaiak abból indultak ki, hogy a suprema voluntas szabad legyen. Csak a középkor teremtetten meg voltaképpen, különösen a kánonjog befolyása alatt, az öröklési szerződést. Már a német polgári törvénykönyv minden határ nélkül elismeri. Teleszky javaslata az öröklési szerződést a házastársakra vagy jegyesekre korlátozza.

Maga az intézmény nem római, de kifejlesztése a római jogászok uralma alatt állott. Különösen egy vitakérdés érdekes ez intézmény tanában. *Hartmann* Zur Lehre von den Erbverträgen című művében azt igyekszik kimutatni, hogy az öröklési szerződés nem sui generis örökös kinevezési szerződés, hanem két külön jogügyletből előálló complexum. Van benne közönséges testamentum, de minthogy ez visszavonható jogügylet volna, azért ehhez a testamentumhoz szerződés kapcsolódik, melyben a testáló visszavonási jogáról lemond: *Erb-einsetzungs-Widerrufsvertrag*. Ez a thesis kissé paradox és a felek akaratának nem felel meg; hiszen ilyen módon minden szerződést fel lehetne bontani két részre, de a maga következményeiben, a constructióból folyó tételek tekintetében tényleg jobban talál minden más constructiónál. Így pl. az folyik belőle, hogy az örökös kinevezésnek az ú. n. öröklési szerződésnél is a testamentum formái szerint kell megtörténnie, holott az uralkodó nézet szerint, mint minden szerződés, ez is alaktalanul volna köthető. E szerint a pubertast elért kiskorú ilyen szerződése az uralkodó nézet szerint érvénytelen volna, mert nem szerződésképes, bár végrendekezési képessége testamenti factio activája van, *Hartmann* szerint ép ezért érvényes. Az öröklési szerződésről egyéb mondanivalónk nincs.

A végrendeleti és törvényes öröklés közt a viszony, mint már érintettük, az, hogy a végrendeleti örökösödés a törvényeset merőben kizárja. Ha valaki után végrendelet alapján történik a delatio, az többé törvény alapján nem történhetik. Mindenki után csak egy alapon történhetik a delatio. Így pl. ha két önálló végrendelet van, a melyek közül az előbbiben a vagyon egyik feléről, az utóbbiban a másik feléről van gondoskodás, akkor is csak az utóbbi végrendelet áll meg, de nemcsak a vele elintézett vagyonfelre, hanem az egész vagyonra vonatkozólag. Mert *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Ha a végrendelező a vagyon egy részéről gondoskodott, a másik részre nem áll be a törvényes öröklés, hanem ú. n. *accrescentia*-nak lesz helye, a ki a vagyon egyik felét kapja, kapja az egészet. Ez az elv, melyet a római jog szigorúan keresztülvisz, de csak formailag. Tartalmilag, eltekintve attól, hogy a katonákra nézve nem, hanem csak in paganis, a civilekre vonatkozik, tényleg gyakran meg van törve. Pl. a szükségörökös gyermek megtámadja a végrendeletet, melyben két örökös van kinevezve. Képzelhető, hogy az egyikkel szemben elveszíti, másikkal szemben megnyeri a pert. Ilyenkor valójában van ex testamento és ab intestato örökös van. Hasonlóan, ha az elhunyt végrendeletében vagyonának csak egy részéről intézkedik, akkor mint mondtuk az *accrescentia* áll be, az, ki az elintézett részre van kinevezve, az egész örökséget kapja. Épen ez folyik a *nemo pro parte elv*-ből. Igen ám, de megkapja akkor is, ha az örökhagyó nem is akarta neki az el nem intézett részt juttatni, a mi valamiből pl. régebbi végrendeletből kitűnik. Ez esetben ezt a részt az örökös

mint fideicommissaria hereditast ki kell hogy adja, úgy hogy valójában nemo pro parte formai fentartása mellett még sem kap többet.

Miért állítja fel a római jog a nemo pro parte elvet? Ez rendkívül vitás, bár semmiképen sem fontos kérdés. A források szerint, a testat és intestat öröklés közt naturalis pugna van. Ez nehezen érthető képlet. Némelyek az interpretationalis művészetnek tulajdonítják, a mely a XII. t. t. alapján fejlődött. E szerint „si ab intestato moritur“ azt jelenti, hogy teljesen végrendeletlenül halt meg, mert ha részben végrendelezett, már nem intestat. Mások fogalmi kényszernek tulajdonítják. Ismét mások czélszerűségi okokat keresnek. Így azért állana fenn csak az utolsó végrendelet, mert több végrendelet mellett a helyzet igen zavaros volna, ezért kívánatos, hogy az elhunyt akarata egy actusban nyilatkozzék. Hogy pro parte miért nem lehet végrendelezni, e szerint szintén praktikus értelmezési kérdés volna, mert nem tudhatni, hogy a többire a törvényes öröklést akarja-e, vagy a dispositiót későbbre akarta-e fentartani. Ezért ezzel a szabálylyal a népet arra akarják kényszeríteni, hogy az egészeztől egészerre intézkedjék.

164. §. Delatiót okozó tények. I. A végrendelet.

A végrendelet (*testamentum*) egyoldalú, visszavonható jogügylet, a mely örökösnévezést foglal magában. Az institutók szerint (III. 10) *testamentum testatio mentis est* az akaratnak tanúbizonysága. Ez csak szójáték, helytelen etymologia. A szó tényleg abból származik, hogy tanúzási ügylet volt, az öt tanú jelenlétével nyeri jellegét. Tartalmilag a végrendelet a római jog felfogása szerint az által tűnik ki, hogy örökösnévezést *institutio heredis* van benne. Foglalhat magában sok egyebet is, hagyományrendelet, exhereditatiót, aztán családügyi ügyleteket pl. gyámkirendelet, intézkedést a gyermeknek mikénti nevelése tekintetében, a mit a gyámhatóságnak figyelembe kell venni, továbbá személyjogi rendelkezéseket, így szabadonbocsátást, intézkedéseket a temetés tekintetében, vagy hogy az örökös az elhunyt nevét felvegye, foglalhat magában vagyoni jogi intézkedéseket is pl. elidegenítési tilalmat, vagyonkezelési szabályokat stb. Hogy mi minden lehet a végrendelet tartalma, ily módon kimerítően össze lehetne állítani, taxative fel lehetne sorolni. De mindez csak accidentalis tartalma a végrendeletnek, ez mind csak akkor érvényes, ha a heredis institutio érvényes. Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. Örökösnévezést magában nem foglaló végintézkedés nem testamentum, az *codicillus*. Ezt később közvetett örökösnévezésre használták a fideicommissarius heres kinevezése által, de közvetlenül első sorban örököst codicillusban kinevezni nem lehetett. A végrendelet volt az örökösnévezés formája,

és fordítva, végrendelet érvényes örökösnevezés nélkül érvénytelen. Később úgy tartották fenn a végrendeletet, hogy a többi intézkedés ilyen esetben is érvényben maradjon, hogy hozzátették a *clausula codicillaria*-t, a mely azt tartalmazta, hogy, ha ez a végrendelet mint ilyen fenn nem maradhatna, álljon fenn mint codicillus. Még csak egy lépést kellett volna tenni ebben a fejlődésben, azt t. i., hogy ez a clausula, ha nincs is benne a végrendeletben, vélelmeztessek, és akkor eljutottak volna oda, a hova ma csakugyan el is jutottunk, hogy végrendeletnek minden bizonyos formában hátra hagyott ügyetet elismerünk, hacsak bizonyos körön belül bármily tartalmú intézkedést foglal magában. Így intézkedik ma már a német polg. tk., a Teleszky javaslata is, az osztr. polg. tk. még nem. A német polg. tk. szerint, ha valaki meghal és hátrahagyja, hogy vagyonából 20,000 frtos alapítvány tétessék, ez végrendelet, bár örökösnevezés nincs benne. Ma a végrendelet már nem is örökösnevezési intézmény, ma lehet pusztán családjogi, pl. csak gyámrendelést tartalmaz, lehet pusztán személyjogi, szóval helyes systematika szerint ma nem is állítható az örökjogba mint általános érvényű mortis causa ügyet, az általános részben van helye. Nem így a római jogban. Ott a végrendelet szükségképen örökjogi ügyet, mert igaz ugyan, hogy bármit tartalmazhat, de okvetlenül tartalmaznia kell örökösnevezést. Az örökösnevezés *caput et fundus testamenti*. Ez annyira áll, hogy e nélkül a többi intézkedés nemcsak *pro non scripto* vétetik, hanem minden egyéb intézkedés csak akkor hatályos, ha az örökösnevezés az. Ha pl. a végrendeleti örökös az örökséget el nem fogadja, a *testamentum destitutum* má válik és akkor egyetlen intézkedése sem áll meg.

A római jogban a végrendelet *delationalis* alap.

Arra, hogy a végrendelet alapján hatályos *delatio* előálljon, először bizonyos formában kell történnie. (Végrendelet maga az okmány is, az ügyet is, a belőle előálló jogviszony is.) Kell másodszer, hogy bizonyos személyek ebben a végrendeletben akár mint *institutosok*, akár mint *exheredati* benne legyenek, mert különben a végrendelet semmis. Ez tartalmi, belső alaki kellék. Harmadszor kell, hogy örökösnevezést foglaljon magában, kell *negyedszer*, hogy bizonyos személyekről anyagi gondoskodás történjen benne. Végül ötödször szükséges, hogy bizonyos személyes akadály fenn ne forogjon sem a végrendelkező, sem a tanuk, sem az örökös személyében, más szóval meglegyen a *testamenti factio*. Ezekről a kellekekről egyenként kell beszélni.

I. A végrendelet alakja. A *mortis causa* jogügyleteket, mint-hogy *post mortem* szólanak és így az illetőt később kihallgatni nem lehet, alakiságokhoz kell kötni. Ezeknek a formáknak a fejlődését Maine „a jog óskora” című művében adja. A közvégrendelet valószínűleg a családjogi adoptióból helyesebben arrogatióból fejlődött. Az örökhagyó azt, a kit örökösének akart, arrogált, a minék a

comitia calatán kellett történnie. Ezért az örökösnevezésnek ezt a módját *testamentum comitiis calatis*-nak hívták. Ez a római végrendelet legrégebbi alakja, a mely mint mondtuk, valószínűleg családjogi actus volt. A másik valószínűleg egyszerűbb végrendelet a *testamentum in procinctu* volt, a melylyel a katonák élhettek. Közlebbt erről a kettőről nem tudunk. Mikor később az a gondolat merült fel, hogy nemcsak a családhoz tartozó, a suus lehessen örökös, hanem más is, akkor a régi közjogi formák helyébe magánjogi ügylet lépett. A végrendelet magánjogi ügylet lett, a mennyiben a Mancipatio, tehát adásvétel formájában kötöttetett. A végrendelező, a libripens és 5 tanú előtt vagyonát átruházta az örökösre, a vagyon vevőjére, *familiae emptor*ra. Így jött létre a *testamentum per aes et libram*. Ez a familiae emptor persze csak szinléges vevő volt, csak szinleg fizetett vételárat. Ebben a Mancipationalis végrendeletben még csak annyi a hasonlóság a mai végrendelethez, hogy universalis successiót szült, de egyéb tekintetben egészen más. Ez szerződés volt, ma egyoldalú jogügylet, ma egyoldalúlag visszavonható, ott nem az. A testamentum per aes et libram tehát voltaképen nem is végrendelet, hanem annak pótlója inter vivos szerződés formájában. Az örökös, a familiae emptor, még az örökhagyó életében megkapta a vagyont. Ez az alak a klasszikus kornak is végrendeleti formája, de eredeti alakjából kivetkőzve. A familiae emptor fiduciarius vevővé lesz, a ki a vagyont átveszi ugyan, de nem magának, hanem másnak, t. i. átveszi azzal a nuncupatióban kifejezett meghagyással, hogy az örökhagyó halála után bizonyos személynek átadja. A familiae emptor ily módon csak végrendeleti megbízott, végrehajtó, az örökös nem ő, hanem a nuncupatióban megjelölt személy. Ez időtől fogva a végrendelezés súlya a Mancipatióról a nuncupatióra megy át, a melyet rendesen írásba is foglaltak, a familiae emptor hovatovább csak olyan figurans alakká lesz, mint az 5 tanú és a libripens. Ez volt a stadium, a melyben a fejlődést a praetor átvette. Ő úgy beszélt: „Ha hozzám jönnek végrendelezési irással, a melyet 7 tanú lepecsételt (a pecsét valósággal bepecsélte az iratot), akkor eltekintek attól, történt-e Mancipatio vagy sem, hiszen a nuncupatio a lényeges. Igaz, hogy a 7 pecsétes írás maga a ius civile szerint nem végrendelet, a benne kinevezett örökös, nem heres, de én mégis megadom neki a bonorum possessiót, míg erősebbjogú nem jön“, illetve később már cum re adta meg. A praetori végrendelet egyszerűsítése volt a civiljoginak. Neve: *testamentum septem sigillis testium confirmatum*. Iustinianus a civiljogi és praetori végrendeletet összeolvasztotta, megkivánván a 7 pecséten kívül a tanuknak együttes jelenlétét (ez a praetorinál nem volt szükséges) és aláírását is. Így alkotta ő meg a *ius tripertitumot*. Megjegyzendő, hogy a praetori végrendelet is ismerte már az aláírást. A 7 tanu ugyanis ugyanazt a pecsétet használhatta, a mikor a pecséttel nem lehetett bizonyítani, hogy valóban 7-en voltak és ezért szokás volt, hogy a

tanuk a pecsét mellé nevüket és lakásukat írták, hogy később a praetor megidézhesse őket. A pandekta juristák ezt adscriberenek, adnotarenak nevezik. A subscriptiót, az aláírást mint önálló kelléket csak Iustinianus hozta be. Iustinianus a magánvégrendelet rendes formájául előírja, hogy 7 tanú előtt kell történnie, még pedig a 7 tanú együttes jelenlétében in continuo. Unitas actus kíván, a végrendekezésnek nem szabad megzavartatni más ügylet által. Régebben unitas actus alatt azt értették, hogy uno die, de ez helytelen. A justinianusi végrendelet történhetik szóval (*testamentum nuncupativum*) vagy írásban. Aláírásnak és pecsétnek persze csak ez utóbbiul van helye.

Az unitas actus egyik főérve a pandektistáknak, a melylyel a közös végrendeletnek elismerését megtagadják. Mühlenbruch szerint a közös végrendeletben hiányzik az unitas actus, mert hiszen előbb végrendelezik a férj, azután következik a feleség és csak aztán írják alá a tanuk. A férj végrendeletére nézve meg van szakítva az unitas actus, közbejött más ügylet, a nő végrendelete. Ezzel szemben a császári constitutiók egyenesen megengedik a közös végrendeletet.

A szóbeli és írásbeli végrendelet, között a határ néha igen nehezen húzható meg. A végrendelező a 7 tanú előtt felolvashatja az írását, mondván, a mi ebben van, ez legyen végrendeletem, lehet, hogy a 7 tanú is írásba foglalja azt, a mit ő kijelent — ez esetben mégis csak szóbeli végrendeletről beszélünk, mert a disponáló actus, az actus, melylyel akaratát kifejezte, a melyben rendelkezett, szóval történt. Ez olyan, mint hogyha szerződést kötök másutt már leirt lex contractusra való vonatkozással. Ha a felek utóbb leírják a végrendelező kijelentését, az mégis szóbeli végrendelet marad, az írás csak bizonyító eszköz lesz, bizonyító okirat és nem rendelkező. A praxisban ez a kérdés gyakran nehéz perekre vezet. Mert ha az ilyen végrendelezést írásbeli végrendeletnek vesszük, akkor meg kell felelnie az összes formai kellékeknek, mert különben érvénytelen, ha ellenben csak szóbeli végrendeletnek leírása, semmi formáság nem köti.

A szóbeli végrendelethez 7 tanú együttes jelenléte és unitas actus kívántatik meg, az írásbelihez ezenkívül a tanúk aláírása és pecsétje. A végrendelező vagy maga írja a végrendeletet, akkor nem kell aláírnia, vagy aláírja és akkor más írja a szöveget. Az okiratoknál ma rendesen megkívánt kelet a rómaiaknál nem volt fontos, a pecsétnek is más szerepe volt. Náluk a pecsét óvó eszköz akart lenni az okmány későbbi megváltoztatása ellen. Mindegy volt náluk, hogy miféle pecséttel pecsételtek, csak az kellett, hogy mind a 7 tanú pecsételjen. Az aláírásnak sem az volt a szerepe, a mi ma. A végrendelezőnek nem is kellett aláírnia, csak ha maga nem írta a szöveget. Az ő aláírását pótolta az, hogy a végrendelet első sorában rendesen meg volt nevezve (a második sorban az örökös neve

állott: Titius heres esto). A 7 tanunak az okmány hátán a pecsét alatt kellett nevüket aláírniok.

Ez a szóbeli és írásbeli végrendelet az, a melylyel a justinianusi jog felállít, és a mely ennek alapján csekély változtatásokkal az újabb jogokba is átment. Iustinianusnál ezeken a rendes formákon kívül néhány rendkívüli, privilegizált írásbeli végrendeletet is találunk, a melyek részint szigorúbb formához kötvek, részint szabadabbak. Szigorúbbak a vak végrendelete, a melyhez 8 tanú kell, és az írni nem tudóé. Könnyebb formát Iustinianus rendkívüli körülmények közt levőknek enged, a mikor nincs elegendő ember együtt. Így járvány idején a tanuknak nem kell együttesen jelen lenniök (*testamentum tempore pestis*), falühelyen 5 tanú elég (*testamentum ruri conditum*). Egyéb okból könnyített végrendelet a katonáé, a kinek végrendelete semmiféle alakszerűséghez sincs kötve, de ez elbocsátása után csak 1 évig tartja meg erejét, továbbá a *testamentum parentum inter liberos*, ha t. i. a szülő gyermekét nevezi ki örökössé és ezt maga írja meg, tanú nem szükséges, illetve hasontartalmú szóbeli végrendelethez két tanú kell.

Ezeken a magánvégrendeleti formákon kívül ismerte a justinianusi jog a közvégrendeletet is. Ilyen volt a bíróságnál jegyzőkönyvbe vett végintézkedés (*testamentum apud acta conditum*), és a fejedelemnek megörzés végett felterjesztett végrendelet (*testamentum principii oblatum*).

165. §. A végrendelet (folytatás).

II. Alaki szükségörökjog. Hogy a végrendelet alapján delatio beállhasson, másodszor az kell, hogy benne bizonyos személyek, az ú. n. mellőzhetetlen személyek vagy instituáltassanak vagy exheredáltassanak. Ez az ú. n. alaki szükségörökjog. Feltűnő és történeti előzmények nélkül szinte érthetetlen, hogy a római jog magát ahhoz a szabályhoz tartja, hogy bizonyos személyekről a végrendeletben hallgatni nem szabad, mint a jogi terminus mondja őket mellőzni, praetermittálni nem szabad, de már azt nem kívánja, hogy ezek a személyek örökösök legyenek. Van ennek praktikus célja is a történeti előzményektől eltekintve, mert biztosítéka annak, hogy az örökhagyó nem feledkezett meg róluk, gondolt rájuk és szándékosan nem juttatott nekik semmit. Ez lehetett oka, hogy a szabályt később is fentartották, de ez nem magyarázza szabály eredetét. Onnan keletkezett, hogy az ós felfogás szerint a suus magától értetődő örökös, vi legis örökös, saját jogán örökös, bizonyos értelmében mint Paulus mondja, csak folytatja a familiát, a melyben eddig is részes volt. Ezzel szemben nagy haladás volt, mikor ennek a suus necessarius heres exheredálását megengedték. Eredetileg tehát az instituálás vagy exheredálás kötelezettsége nem korlátja volt a végrendelező szabadságának, ellenkezőleg óriási vívmány. Később lett

csak pusztá formasággá. A mellőzhetetlenség szabálya tehát a civiljogból fakad, fentartja és kifejleszti a praetor, befejezi Iustinianus, a ki csak a 115. novellában szünteti meg, egyesítvén az anyagi szükségörökjoggal. Az institúciókban még ő is beszél alaki szükségörökjogról. A mellőzhetlenség főbb vonásokban ez:

a) A *civiljog* szerint a suust nem szabad mellőzni hallgatással, ha a végrendelező nem akarja instituálni, exheredálnia kell, mert ha ezt nem teszi, a végrendelet ipso iure semmis, *testamentum nullum*. A civiljog különbséget tesz a filiusok közt, a kiket *nominatim*, *egyenként* (nem név szerint) kell exheredálni, holott a többieket csak *generatim* (*inter ceteros*). Nominatim történik a kitagadás, ha úgy szól: Titius filius meus exheres esto, vagy ha csak egy fia van: filius exheres esto, inter ceteros, ha csak annyit mond a végrendelező: ceteri exheredes sunt. Ha filius nem exheredálatik, akkor a végrendelet nullum és beáll a törvényes öröklés, ha ellenben filia sua, vagy nepos van mellőzve, akkor a végrendelet nem semmis, hanem *ad crescent scriptis hereditibus*. Ha t. i. extraneus van instituálva, a mellőzöttek a vagyon felét kapják, ha ellenben suus az örökös, portio virilist kapnak. A kezdetleges időben instituálni vagy exheredálni csak azt lehetett, a ki már suus volt a testamentum idejében, mert a ki csak a testamentum készítése után lett suusá, arról előzetesen gondoskodni nem lehetett, hisz a végrendelező nem is tudhatta, hogy ki lesz suusává. Ezek a suitasba a testamentum alkotása után belépő személyek a *postumi*. Ilyenek belépése által (pl. utóbb született gyermek, később arrogatus, adoptatus, később elvett feleség) a végrendelet semmissé lett, *testamentum ruptum*. A civiljogi interpretatio már megengedi, hogy ezekről is lehessen gondoskodni. Az első lépés az volt, hogy az a suus, a ki a testáló halála után születik, ú. n. *postumus legitimus* a végrendeletnek ne ártson, lehet instituálni és exheredálni, későbbben már azt a suus postumust is lehetett exheredálni és instituálni, a ki még az örökhagyó életében válik suussá, de persze a végrendelet készítése után. Ezt a lépést már a törvényhozás lex Junia Velleia tette meg, és pedig fokonként (l. Kajuch 290. l.), megkülönböztetvén a *postumi Aquiliani* és *Velleiani*-t. Ez óta a postumust ki lehetett tagadni, és lehetett instituálni. De nemcsak lehetett, hanem kellett is, mert különben a végrendelet megdőlt. Sőt ezeknek postumusoknak mellőzhetetlenségi joga még szigorúbb volt. Nemcsak a filius suust kellett nominatim exheredálni, hanem a filia sua és nepos suust is, illetve, ha utóbbiak inter ceteros voltak exheredálva, hagyományt, legatumbot kellett nekik hagyni, hogy ilykép látszatja legyen, hogy a testáló gondolt rájuk. Hatásában is szigorúbb volt a postumusok mellőzhetetlensége, mert a filia és nepos mellőzése esetén is *ruptio*, nem *accrescentia* állt be. (Az utószülöttek nominatim kitagadása úgy történt: *quicumque mihi filius* (vagy nepos filia), *genitus* (genita) *fuert, exheres esto*.)

b) A *praetori jog* ezeken a személyeken nem változtat, csak kiterjeszti körüket. Megkivánja az institutiót vagy exheredatiót ezekre a személyekre nézve, de kiterjeszti ezt a követelményt másokra is, t. i. azokra, a kiket az intestat öröklésről szóló *edictumában* *liberi* név alatt foglal össze. Ezeknek főesete a *suus*okon kívül az *emancipatus*, szóval minden oly lemenő, a ki másnak hatalmában nincsen. *Liber* tehát az *adoptatus*, de ha *emancipáltatik*, már nem az, mert nem lemenő. Ismét a lányom vérbeli lemenőm, de ha férjhez adom, nem *liberem*, mert másnak hatalma alá kerül. Ha *emancipált* fiamnak születik gyermeke, ez sohasem volt, nem is lesz *suusom*, de *liberem*, ha apja meghal. Ezeket a nem *suus* libereket is vagy *exheredálni*, vagy *instituíni* kell. Még pedig a *finemű libereket nominatim* (tehát a civiljoggal ellentétben a *nepos* is), a *nőneműeket inter ceteros*. A joghatásban is különbözik a *praetori mellőzhetetlenség* a *civiljogitól*. Ha ilyen *liber* *mellőzve* van, akkor nem áll be *ruptio testamenti*, hanem csak részben *rescindáltatik*. Az ilyen *praetermittált* kérheti a *bonorum possessio contra tabulast* cum re. A *heredis institutio* a *mellőzöttnek* törvényes része erejéig megdől, de a végrendelet egyéb tartalma érvényben marad, így megmarad a végrendeletben levő *exheredatio* is. Ha pl. A. *liber* ki van nevezve $\frac{1}{10}$ részre, B. *liber* ki van tagadva, C. *liber* *mellőzve* van és D. *extraneus* $\frac{9}{10}$ részre van kinevezve. Ez esetben C. kérheti a *bonorum possessio contra tabulast*, még pedig a *hagyaték* $\frac{1}{2}$ -ét (voltaképeni törvényes örökrésze csak $\frac{1}{3}$ volna, hárman lévén *liberi*, de egy *exheredálva* van). Ily módon azonban az *instituíált liber* rosszabbul járna a *praetermittált*nál, mert míg utóbbi a maga törvényes örökrészét kapja, ő csak $\frac{1}{10}$ -et kap. Ezért a *praetor* a *bonorum possessio contra tabulast* nemcsak a *mellőzöttnek* adja, hanem megadja a hozzá csatlakozó *institutus*-nak is (*commissio per alium edicto*), ki törvényes örökrészenél kevessebbre van kinevezve.

c) *Iustinianus* fentartja az *alaki szükségjogot*, sőt még szigorítja is, a *mennyiben* szerinte mindenkit *nominatim* kell kitagadni és minden *mellőzésnek*, még a *lány mellőzésének* is, a végrendelet semmissége a következménye. Így intézkedik még a *codificációban*, de már a *novellákban* (115.) egész másképp rendelkezik. Ott, mint látni fogjuk, egyesíti az *alaki szükségjogot* az *anyagival*.

166. §. A végrendelet (folytatás).

III. *Anyagi szükségörökjog*. A régi jog csak az *alaki szükségörökjogot* ismerte. Az *örökhagyó kötelessége* csak az volt, hogy a *mellőzhetetlen személyeket* megemlitse, de gondoskodni róluk nem kellett. Minden ok megadása nélkül *exheredálhatta* a legközelebbi rokonait. Az *anyát* még az *alaki mellőzhetlenség* sem korlátozta.

Neki sem suusa, sem liberja nincs és így minden korlát nélkül végrendelkezhetett.

Ez így volt jogilag. A való élet azonban ennek nem felelt meg. A társadalmi illem, az erkölcs már ekkor is megkívánta, hogy az örökhagyó legközelebbi rokonainak, valamit juttasson, róluk gondoskodjék. Ez officium pietatis volt, az ezt sértő végrendelet erkölcsileg censura alá esett. E társadalmi szabályból Tiberius óta jogszabály lett. Ezóta az ilyen inofficiosus testamentum bíróilag is megdönthetővé vált. Mintaképpül valószínűleg az attikai jog szolgált. A centumviralis bíróság előtt (az örökösödési perek az egyes bíróságok kifejlődése után is a centumvirek előtt folytak) fejlődött ki az a praxis, hogy egyes legközelebbi rokonok az örökhagyó végrendeletét azzal támadták meg, hogy de iure (civilis) fennáll ugyan, de inofficiosus, sérti az officium pietatis és ezen iniuriáért kérnek erkölcsi elégtételt. A megtámadás alapja pedig, és ez attikai eredetű, az volt, hogy a végrendelező, mikor így intézkedett, őrült volt és így végrendelete nem érvényes. A megtámadó tehát a maniát hozza fel, *sub colore insaniae* lép fel a végrendelet ellen, a mi erkölcsi elítélése a meghaltnak, de erkölcsi elégtétel a sértettnek. Persze az őrültség vádja csak hasonlat volt, mert ha az örökhagyó tényleg őrült lett volna, végrendelete ipso iure semmis volna, még pedig bárki javára, holott nem ez ennek a megtámadásnak a célja. Az örökhagyó tehát nem volt valóban őrült és így recte fecit testamentum, non autem ex officio pietatis. A megtámadó fellépése eleinte nem actio, hanem querela (*querela inofficiosi testamenti*), de már Ulpianus idejében actionak, accusatióknak is hívják. A neve is mutatja tehát, hogy kezdetben nem a jog, hanem az erkölcs az alapja, úgy a hogy ily eredetre mutat a fiducia, fideicomissum név is.

A querela inofficiosi testamentivel a perelő nemcsak vagyont akart elérni, hanem elégtételt is. Ezért helyesen nevezhető örökjogi becsületesértési pernek. Természetére nézve tehát actio vindictam spirans, személyes elégtételre irányul. Ha a megsértett személy meghal, mielőtt ezt a keresetet megindította volna, örököse már nem indíthatja meg, szóval legszemélyesebb kereset. Második jellemző sajátága, hogy csak suppletorius természetű, ép úgy, mint az actio iniuriarum, az actio doli. A querela inofficiosi testamenti utolsó segédeszköz, mindaddig, míg a sértett fél más keresettel léphet fel, a querelával nem élhet. A suus, a ki mellőzve van, élhet a hereditatis petitio intestatival, nem léphet fel tehát a querelával, a mellőzött liber kérheti a bonorum possessio contra tabulast, neki sincs tehát querelája, sőt a justinianusi jog szerint már minden nem nominatim exheredált libernek hereditatis petitio intestatije van, nincs tehát querelája. Csak ha az alaki mellőzhetlenség nem segít, léphet fel a sértett a querela inofficiosi testamentivel. Pl. oly descendens, ki sem nem suus, sem nem liber,

röviden, a *ki* nem *liber*. Ennek más eszköze nem lévén, ha *ascendens*től bizonyos részt nem kap, a *querelával* fog élni. De már ugyanannak az *ascendens*nek *mellőzött suusa* vagy *mellőzött emancipatusa* nem léphet fel a *querelával*, mert ez csak *suppletorius* kereset.

Ebben a formában, ezzel a *querelával* küzdött ki a római jog azt, a mit *köteles résznek*, *pars* vagy *portio debitának*, legitimának nevezünk. Ez az intézményt minden jog ismeri, de nem mind a római typus szerint. Más a typus a germán jogokban, pl. a francia jogban, sok svájci jogban és a francia nyomán haladó összes jogokban, sőt Schwarz szerint a magyar jog is, mely a köteles részt az országbírói értekezlet óta ismeri, a germán typust követi. Ez a typus abban áll, hogy bizonyos személyek az elhunyt után *ipso facto* örökösök, ezeket bizonyos örökségtől megfosztani nem lehet. Van tehát a hagyatékna egy része, melyről az elhunyt nem rendelkezhetik. Így beszél a francia jog *portion disponible*ről, a melyen felül minden *ipso facto* a természetes örökösöké. Tehát ha a végrendelező egész vagyonát adja *x-nek*, holott van gyermeke, akkor ez olyan, mint hogyha olyanról rendelkezett volna, a mi hozzá nem tartozik. Rendelkezése tehát semmis. A mellőzött gyermek mint *intestat* örökös veszi tehát birtokba a köteles részt. Ezt mondja az *ob-i* értekezlet. Ezzel szemben van a római felfogás, a mely abból indul ki, hogy a végrendelező elvileg az egész vagyonáról rendelkezhetik, de ez csak úgy áll meg, ha bizonyos legközelebb álló személyekről gondoskodik. Köteles gondoskodni abban az értelemben, hogy bizonyos összeget kell nekik juttatnia, de teheti ezt bármi formában, nem kell mint örökösöknek hagynia, teheti hagyományként is. Ez áll a legkésőbbi római jog szerint is, bár Iustinianus szigorította ezt. Iustinianus megkivánja ugyan, hogy ezek a személyek örökösök is legyenek, de ő is megengedi, hogy *qua heredes* bármi csekélyet kapjanak, a mi aztán bármi formában, tehát hagyománnyal is kiegészíthető a köteles rész. A római typus szerint a köteles részre jogosult személyek akármily minőségben kaphatják ezt a *portio debitát*, a francia jog szerint ők mindig *ex lege* heresek e rész erejéig. A kettő közt praktikus különbség van. Nem mindegy, *qua heres*, vagy *qua legatarius* kapok ugyanannyit. Eltekintve a *moralis horderótól*, az örökösnek másnak a jogai, mint a hagyományosnak, beleszólhat a hagyaték rendezésébe, az osztályba, megilleti az *actio familiae heriscundae*, az osztályig ura az egész vagyon minden egyes alkotórészének bizonyos hányad erejéig. Ha pl. a hagyaték 400,000 frtnyi értékpapirokból áll, és tegyük fel, hogy mint örökös kap 50,000 frtot, akkor, ha az értékpapírok ára az osztályig felszáll, az örökös része is ennek megfelelően nagyobb, az ár esésével kisebb lesz. Ha ellenben 50,000 frtot kap, mint hagyományos, akkor ez az összeg nem változik. A német polg. törvénykönyv, Teleszky és Schwarz javaslata a köteles

részt csak hagyomány formájában adja meg, az erre jogosult tehát nem vesz részt a hagyatéki vagyon változásaiban, rá nézve az örökhagyó halála napja a mértékadó, ez az értékelési caesura.

~~Kik azok a személyek, a kik ezzel a quoralával élhetnek?~~

Az elhunyt legközelebbi családköre a szónak modern értelmében. A vérrokonság, a mai cognat család, már régtől fogva nagy szerepet vitt a ius civile szerinti család, az agnat család mellett. Az a jelenség, hogy a legatumok régtől fogva elnyelték az örökséget, arra vezetendő vissza, hogy az elhunyt azokról gondoskodott legatum formájában, a kiket a ius civile a rendes örökségből kizárt, tehát az emancipatusokról stb. Ez a cognat család az, a mely a végrendelettel szemben, daczára annak, hogy a civiljog formáságai megvannak tartva, a querelával érvényesíti a maga jogait. A bíróság az ezzel czélt érni akaró candidatusok megbírálásában hol szigorúbban, hol meg liberalisabban járt el, de már Ulpianus úgy beszél, hogy cognati ultra fratres et sorores nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere, a testvéreken túl levő rokonok jobban teszik, ha semmi felesleges költséget nem csinálnak maguknak a querela támasztásával, mert czélt úgy sem érnek. Még a második század vége felé nincs megállapodott bírói praxis. A végső megállapodott eredmény az, hogy jogosítottak a descendensek, ascendensek és bizonyos határon belül a testvérek is, érve a szót mindig a cognat értelmében. Az anya végrendeletével szemben tehát minden gyermek, akár törvényes akár törvénytelen, élhet a querelával, de viszont az anyai nagypapa is a gyermekkel szemben. A cognatio elve alól csak az kivétel, hogy az adoptatus is emelheti a pater adoptans végrendelete ellen és viszont. Iustinianus ezt az adoptio plena eseteire szorította. A testvér csak abban az esetben élhetett a querelával, ha a végrendeletben turpis persona van institálva, ellenben ha az institutus kifogástalan személy, akkor a testvér a köteles résztől elesik. De még turpis institutus ellen is az örökhagyónak csak apai testvére, germanus vagy consanguineus léphet fel, uterinus, anyai feltestvér nem.

Ezen Kőrön belül in concreto a querelával csak az élhet, a ki in concreto, ha végrendelet nem lett volna, örökös volna. Pl. meghal a végrendelező, marad utána descendens, ascendens és testvér. A querelával csak a descendens fog élhetni. Ha más keresete van, ő sem. Előfordulhat, hogy én nem élhetek a querelával, mert engem kizár valamely ab intestato közelebbi örökös, bár ez maga a querelára jogosítva nincs. Pl. fiam adoptio minus plenával adoptált valakit, egyéb leszármazója nincs. Vagyont a szomszédra hagyja. A köteles részre jogosult legközelebbi rokona én, az apja, vagyok, még sincs querelám, mert ab intestato nem én, hanem az adoptatus örökölne, de ennek sincs querelája, mert adoptioja csak minus plena. Ez a modern törvényhozásban is ismétlődik. Ma pl. a testvérnek nem szoktuk megadni a köteles részi jogot, így a német

polg. tvk. sem adja meg. Ha tehát a végrendelezőnek nagyapja és testvére marad hátra és egyikük sem kapott semmit a végrendeletben, akkor a nagyapának nincs querelája, mert ab intestato a testvér megelőzi, a testvérnek pedig általában nincs. A köteles részi jognak előfeltétele tehát, hogy az illető in concreto intestat örökös lehessen. Ez negatív feltétel, mert az intestat örökös még nem köteles részi örökös, de a ki in concreto nem intestat örökös, az nem lehet köteles részi sem. (Megjegyzendő azonban, hogy a római jog az ú. n. *successio in querelam* intézményét ismeri, a mely szerint, ha a legközelebbi intestat és kötelesrészi örökös a querelát nem akarja, vagy nem tudja megindítani (nolit aut non possit accusare), akkor átszáll a legközelebbi intestat és kötelesrészi örökösre, pl. a fiúról az unokára, ha ez sem kapta meg a köteles részt. Ily esetben aztán mégis oly valaki indíthatja a querelát, a ki nem a legközelebbi intestat örökös.)

A modern törvényhozásban de lege ferenda nemcsak a köteles részre jogosult személyek köre tekintetében van ingadozás, hanem újabban magának az elvnek helyességét is kétségbe vonják. Az angol amerikai jogok nem is ismerik az intézményt. A köteles rész megtámadói abból az elvből indulnak ki, hogy tiszteletlenség volna az apát a vagyon feletti szabad rendelkezésben korlátozni, ez a szabad rendelkezés a fegyelem, a disciplina egyik eszköze. Aztán az apa jobban tudja megítélni, melyik gyermeke szorul rá inkább az örökségre? Ezt hangoztatja Franciaországban a Le Play-fele socialis radikális irány is, nálunk Dell'Adami Rezső, fiatalon elhunyt jogtudósunk is ezt vallotta de lege ferenda. Annyi igaz, hogy a köteles rész csak a gyermekekre nézve igazán indokolt. Mert hogy dédapám, ha még életben van, utánam követelje a maga részét, azért igazságtalan, mert hisz sokáig úgy sem él és halála után ez a hagyaték olyanokra is száll, kik nekem csak távoli rokonaim.

Igen fontos kérdés, hogy a köteles rész mennyi legyen? A köteles rész nagysága csak igen nagy ingadozások után állapotodott meg a centumviralis bíróság praxisában. A lex Falcidia elvének megfelelően a köteles rész nagysága az intestat örökrésznek $\frac{1}{4}$ -e, quarta legitimae partis. Három gyermek létele esetén tehát mindegyiknek legalább az örökség $\frac{1}{12}$ -ét kell kapnia ($\frac{1}{3}$ az intestat örökrész, a legitima portio, ennek $\frac{1}{4}$ -e = $\frac{1}{12}$). Iustinianus a köteles részt felemelte az intestat rész $\frac{1}{2}$ -ára, illetve, ha az intestat rész a hagyaték negyedénél kisebb volna, $\frac{1}{2}$ -ére. Pl. két gyermek van. Mindegyiknek portio debitája az egész örökségnek $\frac{1}{4}$ -a, mert intestat részük (t. i. az a rész, a mit végrendelet híján kapnának) az örökség fele, a debita portio pedig ennek $\frac{1}{2}$ -a. Ha 5 gyermek marad, akkor mindegyiküknek a végrendeletben legalább az örökség $\frac{1}{10}$ -ét kell kapnia (intestat pars $\frac{1}{5}$, ennek fele $\frac{1}{10}$). Hat gyermeknél a portio debita $\frac{1}{12}$. A köteles rész tehát nem fix portio, függ a jogosultak számától, mobilis valami. Ma is vitás, helyesebb-e

a köteles résznek fix hányadban való megállapítása, vagy függjön inkább a jogosultak számától. Iustinianus az utóbbinak álláspontján áll, de csak elvileg, gondolatát azonban nem vitte teljesen keresztül. Bruns a jogászgyűlésen azt proponálta, hogy mentől több a gyermek, a köteles rész annál nagyobb része legyen az intestat portiónak (egy gyermeknél fele, kettőnél $\frac{2}{3}$ -a, háromnál $\frac{3}{4}$ -e stb.), és annál kisebb legyen a portio disponible. Ez volna az alapelv teljesen következetes keresztülvitele.

Ha a köteles részre jogosult legalább ezt a köteles részét meg nem kapja, akkor a querelával felléphet a testamentum ellen, feltéve, hogy más eszköze nincs. Miképen lehet már most hagyni ezt a köteles részt? A képzelhető módok a következők: A végrendelkező úgy hagyja meg, mint maga a törvény szól, mint pars portionis legitimaet. Azt mondja (2 fű van), fiam $\frac{1}{6}$ részben legyen örökösöm. Ez a legigazságosabb és legegyszerűbb mód. A köteles részre jogosult coherese lesz a többi institutus heresnek, részese a vagyon gyarapodásának, csökkenésének. Egyszerű ez a juttatás azért is, mert nem kell még külön kiszámítani, megkapta-e a maga köteles részét. Lehet azonban, és ez a római álláspont, a köteles részt bármily más juttatás formájában is hagyni, donatio mortis causa, legatum, fideicommissum, modus stb. formájában. Ilyenkor persze ki kell számítani, megkapta-e az illető a köteles részt, megfelel-e a kapott portio az intestat portio értéke harmadának? A számítás a halál ideje szerint történik, a vagyon ez időpont szerint becsülendő meg. Ez komplikált, impraktikus és igazságtalan, mert a köteles részre jogosult az édes gyermek az idegen, a scriptus heres ellen ez alapon csak kötelmi jogot, pl. actio legatit nyer és igazságtalan azért is, mert a köteles részre jogosult, az ú. n. szükségörökös, a vagyon változásaiban részt nem vesz. A legtöbb újabb törvényhozás mégis ebben a formában adja meg a köteles részt, a szükségörökös csak hagyatéki hitelező, a ki csak pénzben követelheti portióját. Így intézkedik a ném. p. tk., Teleszky javaslata és egyelőre a mostani codificationalis bizottság is. Az igaz. hogy utóbbi mód szerint az örökös a portiót tisztán megterhelés nélkül kapja meg, nem lehet feltételhez, modushoz kötni, különben megindíthatja a querelát. Ezt Iustinianus akkép módosította, hogy megterhelés esetén a szükségörökös nem indíthatja a querelát, hanem az ilyen megterhelések pro non scripto habentur. De ez csak a köteles részre áll, a köteles részen felüli juttatásra érvényben maradnak. Meg van azonban engedve az a clausula, hogy, mikor a végrendelkező a köteles résznél többet hagy, de megterhelve, úgy intézkedik, hogy a szükségörökös vagy így fogadja el a juttatást, vagy pedig, ha a köteles részt tehermentesen kéri, a többlettől elcsúsz. Ezt a clausulát fővédője Marianus Socinus XVI. századbeli olasz jurista után cautela socininek hívják. A mi curiai praxisunk ezt a cautelát alattömbben értetődőnek veszi, kitételét nem is ki-

vánja. Ez tehát megváltoztatása a justinianusi elvnek, a mely szerint ilyenkor a köteles rész tehermentesen, a többlet pedig a megterheléssel együtt jár.

Iustinianusnak másik intézkedése, hogy ha a végrendelező hagyott ugyan valamit, de nem az egész köteles részt, a végrendelet ezért ne legyen megdönthető a querelával, hanem a köteles részre jogosult csak a kapott rész kielégítését kérheti *ex lege* hagyomány gyanánt. Erre szolgál az *actio suppletoria* vagy *ad supplem- dam portionem legitimam* (helyesebben *debitam*). Ezóta a köteles rész juttatásának elmulasztása miatt a végrendelet nem dől meg, a végrendelet érvényéhez nem kell köteles rész, a végrendeletnek tartalmi kelléke most már csak az, hogy a köteles részre jogosult *valamit*, bármily keveset kapjon.

A köteles rész intézménye azok védelmére szolgál, a kiknek az officium pietatis szerint a hagyatékból részüik kell hogy legyen, a kiknek mellőzésével vagy kitagadásával (az anyagi szükség-örökjog szempontjából ez mindegy) a végrendelező az erkölcsöt sérti. Nem sérti azonban az erkölcsöt, az officium pietatis akkor, ha ez a kitagadás vagy mellőzés alapos okból történt, az illető rászolgált. Ezért az ilyen kitagadott vagy mellőzött nem is élhet a querelával. Hogy persze mikor forgott fenn ilyen eset, azt in concreto a bíró határozta meg. A törvény *taxative* nem sorolja fel az alapos kitagadási (és mellőzési) okokat, csak Iustinianus próbálta meg később a 115-ik novellában. A *taxativ* felsorolás azonban e téren igen bajos. Verbőczy is felhoz eseteket, de ezek nem kimerítőek. De *lege ferenda* is aggályos, hogy igazolt-e a kizárási okok felsorolása. Bruns szerint nem.

A római jog elismerte az ú. n. *exheredatit bona mente*, jó szándékból való kitagadást. Ha bebizonyul, hogy mikor fiamat kizártam az örökségből, intentióm nem volt sértő, hanem jó szándékú, querelának nincs helye. Pl. fiam annyira el van adósodva, hogy a hitelezők a neki juttatott hagyatékot, hagyományt teljesen lefoglalnák, neki semmi sem maradna, ezért neki semmit sem hagyok, hanem hagyom az ő gyermekeinek, kik őt eltartják. Fiam ilyenkor querelát nem kap. A források példája: Az anya gyermekét nevezi ki örökösvé, de azzal a feltétellel, hogy atyja emancipálja. Ha most az apa nem emancipálja, nem örökös, de azért még sincs querelája, ha az anya a feltételt azért tette, mert az apja tékozló. Ez a modern törvénykönyvekbe is átment, különösen a tékozló eladósodott gyermekekre vonatkozólag.

A querela tényalapja tehát az, hogy a köteles részre jogosult ezt meg nem kapta. Ha valamit kapott, de nem az egész portio debitum, akkor Iustinianus óta, mint láttuk, nem a querelát indíthatja meg, hanem az *actio suppletoria*t, a mely a *scriptus heres* ellen azzal a petitummal fordul, hogy ez a kapott részt törvényes hagyományként egészítse ki a köteles rész nagyságáig. A merőben

mellőzöttnek vagy kitagadottnak Iustinianus is megadta a querelát, a mely a scriptus heres ellen indítandó az aditiótól számított 5 éven belül. A querela petituma az, hogy a köteles rész megsértése alapján ismertessék el, hogy a végrendelet nem áll meg. A querela inofficiosi testamenti tehát praeiudicialis actio, csak constatastást kér, elmarasztalást nem. Ha már most a querelának megfelelően elismertetett, hogy a végrendelet sérti a köteles részt, tehát ebben a részében megdől, akkor rá nézve az intestat öröklés áll be és az előbbi querulans már most a hereditatis petitio intestatival léphet fel, a melylyel intestat részét (nem köteles részét) követelheti a hagyatéki birtokostól. Meg volt azonban engedve, hogy a két kereset egyesíttessék, persze csak akkor, ha a scriptus heres a hagyaték birtokában van. Ez az irodalomban vitás. Némelyek szerint a querela mindig condemnatoria. Ez alig helyes, mert akkor nem volna megindítható a heres ellen, ha az nincs a hagyaték birtokában és így a köteles részre jogosult védtelen maradna vele szemben. A querela tekintetében a római jog különös ius accrescendit ismer. E szerint a köteles részében sértett nemcsak az intestat részt kapja, hanem megkapja mindazoknak intestat portióját is, a kik köteles részükben szintén sértve vannak, de a querelát kerestül nem vitték (l. 23. §. 2 D. 5. 2). A querela mindegyik adeált örökös ellen indítandó. Ha egy ellen megnyerem a pert, ez nem zárja ki, hogy a másik ellen elveszítsem, és akkor csak az elsőre vonatkozólag dől meg a végrendelet. Így beállhat az az eset, hogy a nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest elve meg van törve. Valamint minden örökös ellen külön indítandó a querela, úgy minden köteles részre jogosult is külön-külön kell, hogy indítsa.

A köteles részt a római jog nemcsak a mortis causa ügylettekkel szemben védi, hanem védi az örökhagyó inter vivos ügyleteivel szemben is. Persze annyira ez nem mehetett, hogy az örökhagyó vagyona kezelésében teljesen korlátozva legyen, de a köteles részt dolose megcsónkító ajándékozások-, és hozományadásokkal szemben a szükségörököst védeni kellett. E célból utóbbi a *querela inofficiosae donationis és dotis* t kapta. Ezzel az elhunyt csak azon ajándékozásai, illetve hozományadásai támadhatók meg, melyek a köteles részt dolose csökkentik. Ezt nem úgy kell képzelni, hogy az elhunyt összes ajándékozásai összeadandók és aránylag redukálандók, hanem az előbb történt ajándékozások érvényben maradnak és csak azok az ajándékozások támadhatók meg a querelával, a melyekkel tényleg már a köteles rész sérült meg. A querelát minden szükségörökös indíthatja, tekintet nélkül arra, hogy az elhunyt hagyott-e végrendeletet vagy sem, még pedig indítja a megajándékozott, illetve örökösei ellen. Petitum nem az egész ajándékozás rescindálása, hanem a köteles (mások szerint a querela inofficiosi testamenti mintájára az intestat) rész teljesítése. Ha azon-

ban a megajándékozott az ajándékban nem dolosus, csak gazdagodása erejéig felel. Egyéb tekintetben ez a querela az örökjoginak mintájára van construálva, 5 év alatt elévül, subsidiarius és az ajándékozásnak bármely elismerésével elvész. Maga az ajándékozó is megtámadhatja az ajándékozást azon a czímen, hogy gyermekei születtek, a kiknek köteles részét ez az ajándékozás sérti. Ez azonban sui generis eszköz, céljaira nem ez a querela szolgál.

A szükségörökjog a 115. novella szerint. Iustinianus 541-ben konkrét eset alkalmából constitutiót adott ki (a későbbi 115. novella), a melynek 3., 4. és 5. fejezetében az egész szükségörökjogot reformálja. Egyesíti az alaki és anyagi szükségörökjogot és azt rendeli, hogy az ascendens és descendens ne csak a portio debitát kell, hogy megkapja bármilyen formában, hanem az is szükséges, hogy örökösnek legyen instituíva. Nem kell azonban, hogy az egész köteles rész erejéig instituíva legyen, elég, ha bármily csekélységre van instituíva, és a portio debita többi részét akármilyen formában megkapja (ha nem kapja teljesen, actio suppletóriának van helye). Iustinianus óta tehát az ascendensnek és descendensnek, úgy alaki, mint anyagi szükségörökjoga van, holott azelőtt a kettő nem mindig esett össze, hiszen az ascendensnek azelőtt általában nem volt alaki mellőzhetetlensége. A másik újítás az volt, hogy exheredálni és praetermittálni (a mi most már egy) már nem lehetett bármi okból, hanem csak a novellában felsoroltakból. Felsorol pedig a novella a descendensekre 11, az ascendensekre 8 kizárási okot, és ezt az okot a végrendeletben meg is kellett jelölni, különben helye volt a querelának. A 115. novella az anyagi szükségjogot szigorítja, megkivánván a heresként való institutiót, illetve a kizárási ok megjelölését a végrendeletben és taxativ esetekre szorítván azt, az alaki szükségjogot is szigorítja, mert az ascendenseknek is megadja, ellenben enyhít rajta, bizonyos okokból megengedvén a mellőzést. Ha e szabályok csak egyike is meg van sértve, a végrendelet érvénytelen, az összes institutiók megdőlnek, de a végrendelet egyéb tartalma megmarad. A testvérek tekintetében a novella a régi rendet tartja fenn.

Igy a 115. novella. Értelmezése azonban igen nehéz. Különösen két kérdés az, a mely nagyon vitás. Az első az, vajjon a 115. novella a régi alaki szükségjogot teljesen megszüntett-e, úgy nevezett derogationalis, abolitionalis rendszer, vagy pedig fentartotta-e és csak új szabályokat csatolt hozzá, additionalis, megtoldó rendszer. Az előbbi lett uralkodó felfogássá, különösen Leist alapján, a ki különösen a 18. novellára való tekintettel ezt tartja valószínűbbnek. Annyi bizonyos, hogy a régi alaki szükségjog elvileg megfér a 115. novellával, és hogy ez kifejezetten el nem törli. De még azok is, kik az additionalis rendszer hívei elismerik, hogy ha a 115. novella nem is, de a későbbi praxis minden esetre megszüntette a régi formai szükségörökjogot.

Fontosabb a másik vitakérdés. Ha a végrendelet a 115. novella valamelyik intézkedésének meg nem felel, milyen keresetnek lesz helye? Erre nézve három főrendszert kell megkülönböztetni. Némelyek szerint a végrendelet semmis, mert hisz a 115. novella alaki szükségjogot tartalmaz, a sértett fél hereditatis petitio intestatival élhet. Ez a nullitási rendszer (Vangerow, Wächter, Schmidt). A vegyes rendszer (Richter) szerint ezzel szemben a végrendelet csak akkor semmis, ha nem említi a kitagadási okot, ha azonban említi, de az igaznak nem bizonyul, akkor inofficiositas van és a querela inofficiosa indítandó. Végül az inofficiositási rendszer, mely Brinz és Windscheid alapján uralkodó, a querelát a 115. novella minden megsértésére kiterjeszti, tehát helye volna még akkor is, ha a köteles rész be van ugyan tartva, de az illető nincs heresnek instituálva.

167. §. A végrendelet (folytatás).

IV. A heredis institutio. Az örököskinevezés a végrendelet egyedüli lényeges kelléke. E nélkül a római jog szerint végrendelet nincs. Másrészt meg herest csak végrendeletben lehet kinevezni. Ez és az exhereditatio csak végrendeletben történhetik, más végintézkedés codicillusban is lehető. A római jognak ez a tétele, hogy nullum testamentum sine heredis institutione, in praxi sok nehézséget okoz. Gyakran nehéz annak a megállapítása, hogy a végrendelet tényleg tartalmaz-e örököskinevezést. Vele jár az is, hogy a végrendelet érvénybentartása kedvéért minden áron örökös kerestek s csináltak, olvastak bele olyankor is, mikor nem volt.

Örököskinevezés oly végrendeleti intézkedés, melyben az örökhagyó megemlíti ki, vagy kik legyenek örökösei. Ennek a nyilatkozatnak következő kellékei vannak. Magától a végrendeletkezőtől kell erednie, nincs tehát sem képviselőnek, sem nuntiusnak, a Windscheid-féle Stellvertreter in der Erklärung-nak, helye. A végrendeletkezőnek kell megírnia, vagy aláírnia. Hogy a nyilatkozat valóságos megóvassék, a római jog is, a mai is számos intézkedést tett a hamisítások ellen. Ilyen többek közt a lex Cornelia de falsis, a SC. Libonianum, a mely szerint érvénytelen az olyan örökös kinevezés, vagy hagyomány, a mely a szöveg írója javára szól, kivéve, ha a végrendeletkező azt megerősíti, vagy ha a szövegíró valaha ab intestato is egyedüli örökös. Régebben a nyilatkozat valóságán kívül azt is megkivánták, hogy bizonyos formában történjen (Titius heres esto, heres sit, heres sunto stb.), még Gaius is így adja elő, de már a 4. századtól kezdve ettől eltekintettek, bármily forma elegendő lett. Sok szól azonban még ma is a régi formalismus mellett, mert belőle világosan kiderült, hogy a részletetett milyen jogállást nyerjen. Nehéz teherré lesz azonban a formaság azok számára, a kik a jogi terminusokkal nincsenek egész tisztában, a mint hogy pl. a közéletben az örökös szóval nemcsak a herest, hanem a legatariust

is jelöltük. Megkívánja továbbá a római, és ennek alapján a mai jog is, hogy az örökösnevezés teljesen az örökhagyótól eredjen, önálló legyen, ne függjön harmadik személy akaratától. Nem engedheti tehát át az örökhagyó másnak a hagyaték feletti rendelkezést, pl. az legyen örökösöm, quem Titius voluerit. Az ilyen rendelkezés érvénytelen. Kertülő úton azonban mégis elérhető az, hogy harmadik személytől függjön, ki legyen az örökös, hogy tehát harmadik személynek is legyen beleszólása az örökös személyébe. Érvényes pl. az olyan institutio, Sempronius legyen örökösöm, si Titius in capitolum ascenderit, vagy A. legyen örökösöm, ha B. neki adja lányát, sőt Ulpianius szerint (l. 1. pr. D. IX. 31.) az is érvényes, ha az institutio úgy szól, Sempronius legyen örökösöm, si Titius voluerit, ha Titius is beleegyezik.

A dispositio világossága és határozottsága, a régi jog szerint azt is magával hozta, hogy az institutio incertae personae érvénytelen volt. Örökössé nem lehetett olyat kinevezni, a kit az örökhagyó nem ismerhetett. Ilyen a postumus. (Később ennek institutását már megengedték, sőt meg is kívánták.) Incerta persona volt továbbá a jogi személy és a végrendelező előtt bizonyos minőségben ismeretlen személy, pl. lányom leendő férjének apósa. Később már ezeket is ki lehetett nevezni. Ma már érvényesen minden oly személy nevezhető ki, a ki az elhunyt halála idejében már életben van, vagy legalább mint nasciturus már létezik. Ide vág a híres Schedel-féle per, a mikor örökössé a hagyatékából létesítendő alapítvány volt kinevezve. Vita volt, hogy lehet az alapítvány örökös, hiszen nem létezik még az elhunyt halálakor? Erről különben már a 179. l.-on volt szó.

A kinevezés többé-kevésbé expressis verbis történhetik, a fő az, hogy elég világos legyen. Ép ezért a régi jogban azt a szabályt állították fel, hogy positus in condicione non est positus in dispositione. Ha tehát a végrendelet úgy szólott: ha fiam nem lenne örökösöm, legyen testvérem, a régi jog szerint ez alapon a fiú nem lett örökössé. Ez azonban ma már elavult szabály, ma a fiú kinevezését ily formában elég világosnak tartjuk. Ez megint nem azt jelenti, mintha ma a fordítottja állana, hogy positus in conditione est positus in dispositione. Ez ép oly kevésbé áll, mint a másik. Általános szabályból nem lehet kiindulni, azt kell nézni, hogy in concreto elég világos-e a rendelkezés. Ép ezért érvényes az oly rendelkezés, mely érthető, világos, de hamisan, helytelenül jelöli meg akár az örököst, akár a hagyományozott dolgot. Falsa demonstratio non nocet, hacsak kivehető, hogy az örökhagyó mire gondolt.

Végül meg van engedve az ú. n. testamentum mysticum, a mikor a végrendelező a maga írott végrendeletében valamely más lepecsételt iratra utal. Pl. az legyen örökösöm, a kit a lepecsételt okiratban megneveztem. Ily módon az örökhagyó kibújik a vég-

rendelet formáságai alól, mert az örökös nevét vagy más intézkedést tartalmazó iratot a végrendeleti formák nem kötik. Igen czélszerűtlen intézmény, a melyet ép ezért szóbeli végrendeletnél alkalmazni nem lehet.

Az örökös kinevezésnek továbbá nemcsak világosnak és öntudatosnak kell lenni, ép oly fontos kellék az is, hogy szabad legyen. A végrendeletnél ez fontosabb, mint az inter vivos ügyleteknél, mert utóbbiaknál a forgalom érdekében egy és más tekintetben enyhítünk az elven. A végrendeletnél nagy súlyt tulajdonítunk annak, hogy az akaratnyilvánításnál sem tévedés, sem tévedésbe ejtés (csalás) ne forogjon fenn. A tévedés (67—68. l.), a mely különben teljesen közömbös, itt fontos. Ha a tévedés causam dans (71. l.-on kifejtettek mintájára), akkor a végrendelet megdől, de ha a tévedés csak valami mellékes indok tekintetében forog fenn, vagy a végrendeletkező szándékosan hamis indokot hozott fel intézkedése mellett, az a végrendeletnek nem árt. Ezt jelenti az a szabály, hogy falsa causa non nocet. Ez persze a praxisban gyakran okoz nehézséget, mert igen nehéz annak a megállapítása, hogy mi volt a kinevezés főindoka. Pl. kinevezem A.-t örökösömmé, mert azt hiszem, hogy törvénytelen gyermekem már meghalt, holott még él. Nagyon vitás lehet, vajjon ez-e a főindok?

Nem érvényes az oly végintézkedés sem, melyet vis ac metus, fenyegetés alapján tett az örökshagyó. Ennek megítélése az irodalomban nagyon vitás. Windscheid, Vangerow szerint az ilyen institutio megtámadható actio és exceptio quod metus causával, sőt Schlossmann szerint teljesen érvényes, Dernburg és mások meg azt vélik kiolvasni, hogy ilyenkor indignitás forog fenn, a fenyegetés alapján instituált mint indignus veszi el a hagyatékot, végül Arndts nyomán Schwarz az ilyen institutiót semmisnek tekinti. (70. l.) Egészen más a kérdés, ha a fenyegetés nem az institutio megtételét kényszeríti ki, hanem arra irányul, hogy a szabadon történt institutio újabb végrendeletben meg ne változtattassék. Ilyen esetben az első institutio szabad és így érvényes, de az instituált indignitas miatt elveszti örökös-i positióját. Hogy persze mi a kényszer, mindig quaestio facti, erős rábeszélés még nem az.

Érvénytelen továbbá az institutio captatoria, kinevezem A.-t, hogy ő is kinevezzen engem és érvénytelen az institutio poenae causa facta is, kinevezem M.-t, hogy N.-t megbüntessem. Nem ismeri el végül a római jog a szerződés alapján való örökösnevezést sem, ennyire szabadnak akarja ezt a fontos ügyletet.

Örökösnek nemcsak egy személy (heres ex asse), hanem többen is instituálhatók. Ilyenkor örököstársakról, coheredes beszélünk. Ilyenek persze nemcsak az ex testamento, hanem a sine testamento öröklésnél is előfordulhatnak. Coheredes létében a legfontosabb kérdés, hogy milyen részek erejéig örökösök? A római jog a következő szabályokat állítja fel:

Az örökösársak, ha a végrendelező másképp nem intézkedett, a rómaiknál egyenlő részekben örökölték. Ha azonban az örökhagyó a többi örökösárstól elkülönítve többeket összeköt akár egy elnevezés alatt (*Primus et fratris mei filii heredes sunt; heredes re et verbis coniuncti*), akár egy kifejezéssel egy mondatban (*Titius heres esto, Maevius et Seius heredes sunt; heredes verbis coniuncti*), akár különböző mondatokban (*Titius heres esto, Seius heres esto, ex qua parte Seium institui, ex eadem Sempronius heres esto; heredes re tantum coniuncti*), ezek az összekötöttek (*coniuncti*) csak egy örökreszt kapnak. Ha az örökhagyó az örökösársak részeit megjelölte, de ezek a részek az örökséget ki nem meritik, a maradék meghatározott részek arányában oszlik meg közöttük (mert *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus desedere potest*). Viszont aránylagos levonást szenvednek, ha részeik összege az örökségnél nagyobb. Ha több örökös meghatározott részre, mások részmegjelölés nélkül vannak kinevezve, akkor ez utóbbiak egyenlő részekben kapják a meghatározott részek levonása után fennmaradó vágyont. Ha a meghatározott részek az örökséget kimerítik vagy túlhaladják, akkor a részeket felezik, harmadolják stb. mindaddig, míg a rész nélkülieknek is marad valami. Ha az örökhagyó először valakit egyedüli örökösnek rendel, később pedig másokat meghatározott részekre jelölt ki, akkor Iustinianus szerint az egészre kirendelt *sine partibus institutusnak* tekintetik és csak a maradékot kapja. Ha azonban a teljes örökség kimerítése után az örökhagyó még egyeseket kifejezetten a maradékra (*ex reliqua parte*) rendel, ezek semmit sem kapnak.

Ha az örökösársak közül egyesek bármely okból kiesnek, részüket a többi örökösársak nyerik (*accrescentia, ius accrescendi*) részeik arányában. Ha azonban a *coniunctim* kinevezettek közül esnek el egyesek, akkor részüket csak a velük kapcsolatosan kinevezettek részéhez *acrescal* és csak, ha az összes, *coniunctim* kinevezettek esnek el, járul részüket a többi *coheres* részéhez.

Ismerte továbbá a római jog a *heredis institutio ex certa re*-t, bizonyos hagyatéki tárgyra való kinevezést. A. örökölje házamat, B. földemet, C. ingóságaimat. Ez voltaképpen *contradictio in adiecto*, az örökösök fogalmának ellentmond, hiszen az örökös *universalis successor*, nem pedig *ex certa re*. Ha a *certa res* megjelölése csak kiemelése a hagyatéknak legfontosabb tárgyainak, akkor felesleges, ha pedig megszorítása akar lenni az örökösnek, akkor jogi és logikai ellentmondás és így az ilyen végrendeletnek érvénytelen kellene lennie. De a rómaiak, ha csak lehető volt, fenn igyekeztek tartani a végrendeletet (*favor testamenti*) és ezért fentartották az örökösödést e végrendelet alapján is. Hogy ez lehető legyen, a római jog következő értelmezési szabályokat állítja fel: 1. Ha csak egy örökös van instituálva, még pedig *certa res*re, pl. A. örökölje házamat, akkor a *certa res* hozzátétele *pro non scripto* vétetik és A. univer-

salis örökösöm lesz. Ha azonban a certa resre való megszorítás harmadiknak érdekében történt, a mi más intézkedésekből tűnik ki, akkor A. lesz örökösöm, de azzal a fideicommissummal megterhelve, hogy a certa resen kívül mindent ennek vagy ezeknek a harmadik személyeknek adja át. Ha azonban a certa res a hagyaték negyedénél kisebb értékű volna, akkor nemcsak a certa rest tarthatja vissza, hanem az egész quarta Falcidiát. 2. Ha többen vannak örökösök, még pedig mindegyik certa resre, akkor mindnyájan rendes örökösök, és a certa resnek csak annyiban van jelentősége, hogy a felosztásnál az egyeseknek kijelölt dolog az ő osztályrészükben benne kell hogy legyen. Ha pedig osztályrészét felülhaladná, akkor mint praelegatumot kapja. 3. Ha a certa resre kinevezett vagy kinevezettek mellett rendesen kinevezett örökösök is vannak, akkor előbbieket is rendes örökösöknek tekintetnek ugyan, de azzal a fideicommissummal terhelve, hogy örökrészüket a certa res kivételével a rendesen kinevezett örökösöknek átengedjék. Ez a constructio azért érdekes, mert így a heredes ex certa re örökösi positiója meg van óva. Ha tehát a rendesen kinevezettek az örökséget el nem fogadnák vagy el nem fogadhatnák, a heredes ex certa re korlátlan örökösökké lesznek.

A heredis institutio azokhoz az ügyletekhez tartozik, a melyek csak bizonyos feltételt, t. i. conditio suspensivát tűnnek meg, de conditio resolutivát nem, mert ez beleütköznék abba a római elvbe, hogy *semel heres semper heres*. A suspensiv feltételhez kötött heredis institutiónál a delatio csak a feltétel beálltával áll be, addig az örökség hereditas iacens, de a praetor az ilyen feltételes kinevezett örökösnek a feltétel beálltáig is megadta a bonorum possessio secundum tabulast. A condicio resolutivát, mint mondtuk, a végrendelet nem tűri meg, de a favor testamentinél fogva nem az egész rendelkezés lesz érvénytelenné, hanem csak a conditio vétetik pro non scripto, ép úgy mint az erkölcstelen és derisoria conditio is (l. 74. l.). Ha a suspensiv feltétel oly conditio negativa, a melynek beállása csak az örökös halálával válik bizonyossá, pl. A. legyen örökösöm, ha meg nem házasodik, akkor az így kinevezett rögtön megkapja az örökséget, illetve a favor testamentinél fogva a feltétel beállottnak tekintetik, ha cautiót ad, hogy tartani fogja magát a feltételhez. Ezt a cautiót a hasonló feltétellel terhelt hagyományok megkapása céljából adott cautio mintájára cautio Muciana-nak nevezzük.

Ugyancsak pro non scripto vétetik minden időhatározmány, úgy a dies ad quem, mint a dies a quo. Ellenben érvényes a heresnek modussal való megterhelése.

Az ú. n. substitutio sem egyéb voltaképen, mint suspensiv feltétel alatti kinevezés. Kinevezem első sorban A.-t, de ha A. nem lenni örökössé, legyen B. Itt B. van substituálva A.-nak, B. a substitutus heres, az azzal a feltétellel kinevezett örökös, ha az

institutus nem lenne azzá. Ez a vulgaris substitutio. Egész más azonban a pupillaris substitutio. Nézzük ezeket sorban.

1. Substitutio vulgaris. örökshelyettesítés. Ha az institutus, a primo gradu heres, az örökséget el nem fogadná (casus nolutatis) vagy el nem fogadhatná (casus impotentiae) örökössé lesz a substitutus. Ezzel el akarja az örökhagyó kerülni az intestat öröklés (hacsak 1 institus van), illetve az accrescentia (ha több insitutus van) beálltát, a mi máskülönben megtörténne, ha az institutus heressé nem lesz. Ha az első sorban kinevezett örökös előbb hal meg, mielőtt az örökség elfogadásáról nyilatkozott volna, akkor a substitutus csak akkor lesz örökössé, ha nincs helye a transmissiónak. A transmissio erősebb mint a substitutio, hacsak a végrendelező az ellenkezőt ki nem kötötte. Ha tehát az institutus nem lesz heressé, a substitutus lesz az, még pedig ugyanazokkal a hagyományokkal stb. megterhelve, a melyekkel az institutus. Lehet továbbá plures gradus heredum facere, a substitutusnak is lehet substituálni, a mely esetben, ha az első substitutus meghal, mielőtt a delatio az institutus javára beállt volna, a második substitutus egyenesen az institutusnak lesz substitutusává. Substitutus substituto est etiam substitutus instituto.

2. Substitutio pupillaris. Ennek csak a neve substitutio. A végrendelező nem a maga vagyonára nézve állít fel helyettes örököst, hanem az örököse vagyonára állít fel örököst. Nem azt mondja, ha A. nem lenne örökösömmé, legyen B., hanem azt, A. legyen örökösöm, ha A., a ki az örökhagyónak serdületlen filius familiarisa, örökösömmé lesz, de meghal, mielőtt serdültségét elérte volna, vagyis meghal, mielőtt végrendeletet csinálhatott volna, akkor én helyette kinevezem B.-t az ő örökösévé. B. tehát nem az A. substitutusa a paterfamilias vagyonára nézve, hanem az A. institutusa. Eleinte ugyan ezt a B.-t az A. substitutusának vették, tehát egyenesen a végrendelező pater familias örökösének (bár a B.-re jutó örökség esetleg az A. saját vagyonával gyarapodott), de ez a semel heres semper heres elvével ellentétben álló volt, és ezért győzött az a felfogás, a mely szerint a pater familias végrendelete tulajdonképen két végrendeletből, két örökségről való intézkedésből áll, az egyik a saját, a másik a fia végrendelete, illetve a saját és fia vagyonáról való intézkedés. Ez a felfogás azért is helyes, mert B. az A. örököse lesz még akkor is, ha A. a végrendelezőnek nem is válna örökösévé, illetve a beneficium abstinendivel élne. Sőt azt is megengedték, hogy a paterfamilias a maga serdületlen filiusának örököst (substitutus pupillarist) kinevezzen még akkor is, ha a fiát kitagadja. A substitutio pupillaris elveszti hatályát, ha a gyermek eléri serdült korát, vagy ha apja halálakor már mincsen annak hatalma alatt. A substitutio pupillaris mint a fővégrendelet alkatrésze, azzal együtt szintén elveszti hatályát. Ha tehát a fővégrendelet, a primae tubulae, valami módon megdől, vele együtt

megdől a mellékvégrendeleti substitutio. Megjegyzendő, hogy a rómaiaknál igen gyakori volt a pupillaris substitutio összekapcsolása a vulgarissal, olykép, hogy B. nemcsak az A.-nak az institutusa, hanem substitutusa is a végrendelező hagyatékában. Örökös lesz tehát akkor is, ha A. még apja életében meghalna, és így apja örökösévé nem is lehetne. A kétféle substitutio összekapcsolása oly gyakori volt, hogy később már vélelmezték, ha kifejezetten nem is volt kikötve.

3. *Substitutio quasi pupillaris*. A serdületlen gyermek helyett való intézkedés mintájára a római jog azt is elismerte, hogy bármely ascendens örült descendense helyett végrendelezhessék. Ennek a substitutióknak szabályozása azonos a pupillariséval. (Vangerow, Unterhölzner és mások szerint az örült ilyen örökös nem substitutus, illetve az örült institutusa, hanem a végrendelező ascendens fideicommissarius herese.)

Az örökösnevezéssel kapcsolatban említhető az ú. n. *fideicommissarius heres*. Örökösöm legyen A., de A. becsületére bízom, hogy az örökséget mindjárt, vagy bizonyos idő múlva B.-nek adja. B. a fideicommissarius heres, a ki nemcsak testamentumban, hanem codicillusban is kinevezhető. Erről bővebben a hagyományok tanában lesz szó.

163. §. A végrendelet (folytatás).

V. *A végrendelet egyéb kellékei*: A végrendelet érvényéhez az eddig tárgyalt négy kelléken kívül még az is megkívántatik, hogy a testamenti factio tekintetében se forogjon fenn akadály. E végrendelezőnek meg kell hogy legyen a *testamenti factio activája*. Különben sem végrendelete, sem codicillusa nem érvényes. Hiányzik a végrendelezési képessége a serdületlennek, a ki még gyámja auctoritásával sem végrendelezhetik (már a kiskorú serdült még a gondnok beleegyezése nélkül is teheti), nem végrendelezési képes az örült sem, tekintet nélkül arra, van-e gondnoka vagy sem (de lucida intervallaiban tett végintézkedése érvényes), továbbá a gondnokság alatt álló tékozló, azután az olyan, ki valamely testi hibája folytán sem szóval, sem írásban ki nem tudja fejezni a maga akaratát, pl. az irni nem tudó süketnéma, végül a régebben Latinus Iunianus és az alieni iuris (a kinek úgy sem volt miről végrendeleznie). Voltak olyanok is, kiket testamenti factiójuktól büntetésből fosztottak meg. A testamenti factio activának a végrendelet készítés idején kell fenforognia, későbbi nyérése nem változtat a végrendelet semmisségén. Ha az örökhagyó a végrendelet készítése után elveszti testamenti factióját, a végrendelet is megdől (*testamentum irritum*).

Szükséges továbbá az is, hogy az örökösül kinevezett öröklési képes legyen, *testamenti factio passivája* legyen. A római jogban ez

a rómaiak előjoga, ma az általános jogképességben benne foglal-
tatik. Ma mindenki kinevezhető örökössé, a ki a végrendelező
halála idején él, vagy nasciturus. A római jogban nem volt kine-
vezhető testület, alapítvány (a fiscus, a községek, az egyház és más
pia causa kivételével), hacsak erre külön privilegiumot nem nyert,
és nem volt kinevezhető a postumus. Rabszolga kinevezhető, de
ezzel Iustinianus szerint egyszersmind szabadságát is megnyeri, ha
pedig másnak rabszolgája van kinevezve, örökös az ő mindenkori
gazdája lesz. A kinevezett idegen rabszolga tehát értékpapir, mert
az adeálhatja az örökséget, a ki a rabszolgának épen tulajdonosa.
Nem nevezhető ki végül az, a ki büntetésből ezt a képességét
elvesztette. A testamenti factio passivának a római jog szerint három
időpontban kell fenforognia, ú. m. a végrendelet készítése, a ~~delatio~~
és az ~~aditio~~ időpontjában, illetve ez utóbbi kettő közti idő alatt is.
Ma ettől a három időponttól már eltekintünk és csak a halál idő-
pontjára vagyunk tekintettel.

Azt a képességet is, hogy valaki tanú lehessen a végrendelet
készítésénél is testamentifactionak nevezik a források. Ilyen *testa-
menti factio testise* a különben is cselekvőképteleneken kívül a becs-
telennek, a süketnek, némának, vaknak, a serdületlennek, a nőnek,
a tékozlónak, az örökösnek és utóbbi apja, fia, és a vele egy ha-
talom alatt állónak sincsen.

Mint a végrendelet érvényének hatodik kelléket lehetne azt
említeni, hogy a végrendelet csak akkor érvényes mind az eddigi
5 kellék fenforgása esetén is, ha még a végrendelező életében meg
nem dől. Megdől, mint láttuk, új *suus agnascálásával* (*testamentum
ruptum*), és a végrendelező testamenti factiója elvesztésével (*tes-
tamentum irritum*), de megdől a visszavonással is (szintén *testa-
mentum ruptum*). Iustinianus idejében a végrendelet már visszavon-
ható jogügylet. A visszavonás megtörténhetik, vagy közvetlenül,
vagy közvetve. Közvetlenül történhetik írásban, vagy szóval, vagy
tettel, pl. szétszakitom a végrendeletemet azzal a szándékkal, hogy
így megdöljön, a mely szándék mindig praesumáltatik is. Közvetett
visszavonás új végrendeletnek a készítése. Theodosius (418-ban K.
u. l. 4. l. 44) odaig ment, hogy szerinte minden végrendelet meg-
dől, ha készítője a végrendeletkészítés után még 10 évig él, Ius-
tinianus azonban ezt az intézkedést mellőzte. Hasonló intézkedés áll
a mi szóbeli végrendeletünknel is, a melynek érvénye csak 6 hónapra
terjed.

A végrendelet megdőlésének esete az is, ha a végrendeleti
örökös az örökséget el nem fogadhatja, vagy el nem akarja fogadni.
Az ilyen végrendelet *testamentum desertum* vagy *destitutum*. Ily
esetben, valamint olyankor, ha általában nincs végrendelet, a tör-
vényes öröklés áll be.

169. §. Delatiót keletkeztető tények: II. Törvényes öröklés.

Az ú. n. törvényes öröklés ma sem kizárólag a család öröklése, a római jogban sem volt az. A főeset azonban akkor is, most is a családi öröklés (*successio ab intestato ordinaria*), csak kivételes másnak, pl. a fiscus, a patronus törvényes öröklése (*successio ab intestato extraordinaria*).

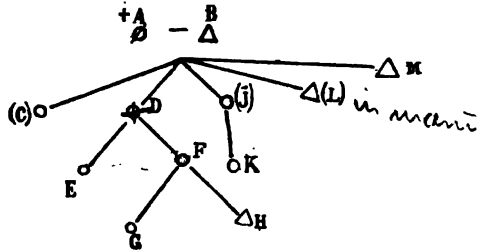
A törvényes öröklésnek csak subsidiarius jellege van. Csak akkor van helye, ha végrendelet, vagy általában nincs, vagy érvénytelen, illetve, ha a végrendeleti örökös az örökséget repudiálja, visszautasítja. Ha több örökös van instituálva, csak akkor áll be a törvényes öröklés, ha mind visszautasítja, vagy meghal, mert különben accrescentia áll be. A transmissio is útját állja a törvényes öröklés megnyílásának. Ellenben ab intestato áll be az öröklés akkor is, ha a suspensiv feltétel, melyhez az örökösnevezés terhelve volt, be nem áll. Ez utóbbi esetben, de még máskor is, a delatio hereditatis ab intestato nem esik össze szükségképen az örökhagyó halálával. A törvényes öröklés e különböző esetekben való beállása közt van némi különbség is. Ha az elhunyt után érvényes végrendelet nem is maradt, a törvényes öröklés azok javára áll be, a kik a halál pillanatában delatusok ab intestato, ha ellenben a végrendelet csak az elhunyt halála után dől meg, akkor azok javára áll be a törvényes öröklés, a kik a destitutio pillanatában a legközelebbi intestat örökösök.

A *successio intestati ordinaria*, mint mondtuk, a család javára áll be. Csakhogy más volt a család a 12 tábla, más Iustinianus korában. Előbbi az agnat, utóbbi a cognat, a vérokonsági család kora. Ennek megfelelően a 12 tábla az agnat, Iustinianus a cognat család számára adja meg a törvényes öröklés jogát. Közbe esik a praetor, a ki mind a két családot elismeri, és így mindkettőt meghívja az örökséghez. A 12 tábla és a praetor öröklési rendjét már a történeti áttekintésben adtuk. Itt csak pótlólag jegyezzük meg a következőket:

I. A XII. tábla szerint: *cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*. Örökölnék tehát első sorban a *suius*-ok, azok, a kik a paterfamilias halálával *sui iurissá* válnak, vagyis mindazok, kik a paterfamilias közvetlen hatalma alatt állnak (gyermekkei, kivételével az emancipatusnak, az in adoptionem datusnak és a kiházasított, még pedig manusbeli házassággal kiházasított lánynak, továbbá az adoptatus, arrogatus, azon távolabbi férfiágú descendensek, kiknek közbenálló ascendensei vagy már meghaltak, vagy más módon kerültek ki a paterfamilias hatalmából, végül az *uxor in manu*, mert filiae

loco est). Az öröklés itt nem per capita, hanem per stirpes történik. Pl.

Meghal A., marad felesége B., emancipált fia C., elhunyt D. fia után unokája E. és dédunokái G. és H., emancipált fia J. és ettől unokája K. férjhez adott lánya L. és hajadon lánya M. Suusok: B., E., G., H., K. és M. Ha per capita, azaz fejenként történne az osztozkodás, mind-egyik a vagyon hatodát kapná. De nem így van. Az öröklés per stirpes történik, vagyis B., K. és M. a vagyon egy-egy negyedét kapják, E., G. és H. együtt szintén csak $\frac{1}{4}$ -et, mert ők adják a D. stirpsét. Köztük megint ez a negyed úgy oszlik meg, hogy E. kapja a felét, vagyis az egész hagyaték $\frac{1}{8}$ -át, G. és H. együtt szintén felét, mert ők F. stirpsét alkotják. G. és H. tehát a hagyaték $\frac{1}{16}$ — $\frac{1}{16}$ -át kapják. A távolabbi suusok tehát együtt annyit kapnak, a mennyit apjuk kapott volna, ők apjukat repraesentálják (*ius repraesentationis*).



Ha suus egyáltalában nincs, meghívhatnak az agnatusok, még pedig azok, a kik ha többen vannak, az élő agnatusok közt a legközelebbi fokon állanak. Ezen per capita örökölnék, tehát egyenlő részben coheresek. Ha ezek el nem fogadják, a hereditas vacua. Nem mentek tehát át a távolabbi agnatusokra, sem a gentilesekre. Nincs successio ordinum et graduum. A gentilesekre csak akkor kerül rá a sor, ha egyáltalában sem suus, sem semmiféle agnatus nincsen.

II. A *praetori bonorum possessio intestati* ezt a sorrendet megváltoztatta. Első sorban meghívja a *liberit* (minden suus és minden oly volt suus, a ki másnak a hatalmában nincsen). A *liberi* sem per capita, hanem per stirpes örökölnék. Az előbbi példában tehát örökölnék B., E., G., H., K. és M. mint suusok, C. és I. mint *ficti sui*. B., C., J. K. és M. $\frac{1}{6}$ — $\frac{1}{6}$ -ot kapnak, E., G., H., együtt szintén $\frac{1}{6}$ -ot kapnak, még pedig E. $\frac{1}{12}$ -et, G. és H. pedig $\frac{1}{24}$ — $\frac{1}{24}$ -et. I. és K. tehát külön örökölnék, holott ha I. nem emancipáltatott volna, K. nem örökölné és így a többi örökös is nagyobb hányadban részesülne. Ezért *Salvius Iulianus* az *edictum perpetuum* codificatora ezt az *edictum*hoz fűzött *clausulában* úgy módosította, hogy az emancipált gyermekeivel együtt csak egy gyermekrészt kapjon, úgy hogy ennek fele az övé, másik fele az ő gyermekeié. Ez a *nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius*. E szerint az osztály ez lesz: B., C. és M. $\frac{1}{5}$ — $\frac{1}{5}$ -öt, E., G., H. együtt szintén $\frac{1}{5}$ -öt, még pedig E. $\frac{1}{10}$ -et, G. és H. $\frac{1}{20}$ — $\frac{1}{20}$ -ot, I. és K. együtt szintén $\frac{1}{5}$ -öt, vagyis egyenként $\frac{1}{10}$ -et kap. A gyerme-

kével így összekapcsolt emancipatus fel volt mentve a collatio alól, mert hisz általa a suusok nem szenvedtek sérelmet.

Ha liber nem jelentkezett (1 annus utilis alatt) vagy nincs, a praetor meghívja a második ordót: *unde legitimi* (ius civile szerinti örökösök, tehát sui, proximi agnati és gentiles). Ha tehát a suus az első évben elmulasztotta az agnitiót, jelentkezhetik a második évben mint legitimus.

Ha legitimus sincs vagy nem jelentkezett, következnek a *cognatusok*, a vérrokonok a 6. illetve 7-ik fokig, természetesen a legközelebbiek kapják meg, még pedig per capita, ius representationisnak nincs helye. (A rokonságszámítás fokonként történik, még pedig vagy *linea recta*-ban, ascendensek és descendensek, vagy *linea transversa*-ban, oldalrokonok. A számítás utóbbinál úgy történik, hogy közös ősig számítjuk a fokokat és onnan ismét le. Szabály, hogy *tot gradus, quot generationes*. Az apa fiának és viszont első fokú rokona, a nagyapa az unokának és viszont másodfokú stb. Testvérek másodfokúak, mert egy fok a közös apaig, onnan le ismét egy fok. Nagybátyám harmadfokú rokonom, példánkban G.-nek E., mert G.-től fel kell mennünk a kettő közös őséig D.-ig, az két fok, D.-től le E.-hez 1 fok, összesen három. Unokatestvérek negyedfokú rokonok pl. E. és K., mert E.-től a közös ősig A.-ig két fok, A.-től le K.-ig szintén kettő, összesen négy. Férj és feleség közt, megjegyzendő, általában nincs rokonság, hanem affinitás, sógorság, úgyszintén a házastárs rokonai is sógoraink azon fokban, a melyben házastársunk rokonai.) A cognatusokat a praetor a 6-ik fokig (*sobrinus*) hívja meg, a 7-ik fok közül csak a távoli unokatestvérnek megfelelő ú. n. *consobrinusokat*. Ha közelebbi fokú rokon nem fogadja el az örökséget, a praetor a távolabbtit hívja meg (*successio graduum*), és csak ha a consobrinus sem fogadja el, kerül sorra a következő ordo:

Unde vir et uxor, férj után a feleség, feleség után a férj.

III. *Iustinianus* a 118. és az azt kiterjesztő 127. novellában egészen új öröklési rendet hoz be, a melyet a középkori jogászok következő versbe foglaltak össze:

Descendens omnis succedit in ordine primo
Ascendens propior, germanus, filius eius
Tunc latere ex uno iunctus, quoque filius eius
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Első sorban meghívatik minden *descendens in infinitum*, persze minden stirpsben a legközelebbi élő. Tehát példánkban C., E., G., H., I., L. és M. A nő után még törvénytelen gyermekei is meghívhatnak, az apa után csak a törvényesek, továbbá az adoptált gyermek is. Az osztály per stirpes történik. Tehát C., I., L. és M. $\frac{1}{5}$ — $\frac{1}{5}$ -öt, E. $\frac{1}{10}$ -et, G. és H. $\frac{1}{20}$ — $\frac{1}{20}$ -ot. Itt is megvan tehát a ius repraesentationis, de ez csak a portióra vonatkozik, nem arra,

hogy az unokák apjuk jogát helyettesítsék. Ők *proprio iure* örökölnék, tehát még akkor is örökölnék, ha apjuk öröklési képtelen volt.

Ha *descendens* nincs, vagy el nem fogadja, akkor az *ascendentes*, a teljes testvérek (*germani*) és ezek gyermekei örökölnék. Ha csak ascendensek vannak, akkor ezek *in lineas* örökölnék, $\frac{1}{2}$ -et az apai, $\frac{1}{2}$ -et az anyai ágiak kapnak, ha t. i. mindkét ágon egyenlő fokú felmenő van. Ha azonban az egyik ágban közelebbi fokú ascendensek vannak, ezek kapják *per capita* az örökséget. Ha csak testvérek maradnak, ezek *per capita* örökölnék, az elhunyt testvér gyermekei pedig *iure repraesentationis* együtt szintén 1 testvérrészt kapnak. Ha ascendensek is vannak, testvérek is, akkor *per capita* történik az osztozkodás, az elhalt testvérek gyermekeinek *ius repraesentationis*ével. Ha csak testvérgyermekek vannak, akkor Azo 13. századbéli glossator magyarázata szerint *per capita* történik az osztály.

Ha sem *ascendens*, sem *édestestvér*, illetve ennek gyermeke sincs, vagy az örökséget egyik sem fogadja el, akkor harmadsorban a *féltestvérek* és ezek gyermekei jönnek (apai féltestvér: *consanguineus*, anyai féltestvér: *uterinus*). A felosztás *per capita*, illetve, ha *praedefunctus* féltestvérnek gyermekei is *concurrálnak*, *in stirpes* történik.

Ha ilyenek sincsenek vagy el nem fogadják, meghívtnak a legközelebbi *cognatusok*, de már nem a 6—7. fokig, mint a praetornál, hanem a végtelenig. Itt persze *per capita* történik az osztozkodás és *ius repraesentationis*nak helye nincs. Megeshetik, hogy valaki az elhunytak több ágon *cognatusa*, ekkor ugyanannyi örökrészt is kap.

Ha semmiféle rokon sincs vagy az örökséget el nem fogadja, Iustinianus a praetor mintájára az *unde vir et uxor* osztályát hívja meg.

Az első 4 osztályban Iustinianus elismeri a *successio ordinum et graduumot*. Ha tehát vannak féltestvérek, de azok az örökséget el nem fogadják, meghívja a *cognatusokat* (*successio ordinum*), ha pedig a legközelebbi fokú *cognatusok* nem fogadják el, meghívtnak a távolabbiak (*successio graduum*). De ennek a praetori öröklésnél csak akkor volt helye, ha az egyszerre meghívottak közül egy sem fogadja el az örökséget, de ha csak néhány nem fogadja el, a többi meg igen, akkor az így megürült részekben nem állt be sem *ordinum*, sem *graduum successio*, hanem beállt az ú. n. *accrescentia*, t. i. az örökséget elfogadó örökösök része megfelelően gyarapodott. Ezzel szemben a novellák *intentiója* az, hogy a *successio graduum* megelőzi az *accrescentiát*, *accrescentiának* tehát csak akkor van helye, ha az ordón belül távolabbi rokon nincs. Kizárja az *accrescentiát* a *transmissio* is, sőt ez még a *successio graduumot*

is megelőzi. Megjegyzendő továbbá, hogy az osztály módjára a delatio időpontja a mérvadó, nem pedig az acquisitioé. Ha tehát a delatio idején 1 testvér és 2 praedfunctus testvér gyermekei élnek, akkor per stirpes történik az osztály, még ha az acquisitioig az 1 élő testvér is meghalt, holott, ha a delatio előtt halt volna meg, Azo magyarázata szerint per capita örökölnének.

A successio intestati extraordinaria. Ide tartoznak a következők:

1. *A mulier (vidua) inops vagy indotata*, a szegény, dos nélküli özvegyről külön kellett gondoskodni, mert hiszen a törvényes sorrendben nagyon hátra került. A praetornál még csak 7 fokú rokonság előzte meg, Iustinianusnál már minden cognatus a végtelenig, úgy hogy a legritkább esetekben került rá a sor. Ha már most dosa sincs, vagy nagyon kevés van, akkor ki volna szolgáltatva az éhhalálnak. Ezért Iustinianus elrendeli, hogy az elhunytnak özvegye, ha férje haláláig vele együtt élt, a hagyaték $\frac{1}{4}$ -ét kapja, tekintet nélkül arra, hogy ki az örökös. E negyednek azonban nem szabad 100 font aranynál többre rúgnia. Ha az elhunyt gyermekei az örökösök, és háromnál többen vannak, akkor a feleség nem fix hányadot, vagyis $\frac{1}{4}$ -et kap, hanem 1—1 gyermekrészét, sőt ha az öröklő gyermekek egyszersmind az övéi is, e hányadnak csak haszonélvezetét nyeri. Vangerow és a nyomán uralkodó theoria szerint az asszonynak ez a jutaléka nem törvényes örökrész, hanem törvényes legatum. Ez azonban csak a saját gyermekeivel concurráló özvegyre áll, minden egyéb esetben a források örököstársnak nevezik. Az özvegynek ezt a részét a férj még végrendeletileg sem vonhatja meg, tehát kötelező rész.

2. *Törvénytelen (concubinatusból származó) gyermekek* anyjukkal együtt nemzőjűk hagyatékának $\frac{1}{6}$ -át kapják, ha utána sem törvényes gyermekek, sem törvényes feleség nem maradt. A praxis ezt minden törvénytelen gyermekre kiterjesztette.

3. Ha senki sem fogadja el az örökséget, akkor a lex Papia Poppaea szerint a vacans hereditast a fiscus kapja (katona hagyatékát *hadteste*, papét *egyháza*, ápoljtjaiét a *szegényházak*). A fiscus csak ad vires hereditatis felelt a hitelezőknek és ha a hagyatékot eladta, teljesen mentesült. Ha a hagyaték testamentum destitutum alapján szállt a fiscusra, a benne foglalt hagyományok még akkor is teljesítendők, ha a testamentumban a clausula codicillaria nincs meg. Ez az egyik sajátos szabály a fiscus öröklésénél, a másik meg az, hogy igénye 4 év alatt elévül.

170. §. Az örökség megszerzése.

Az örökös positisio keletkezésének tényállása, mint láttuk, successiv tényállás, több egymásután beálló tényállásból van összetéve. Ezek az örökhagyó halála, az örökség megnyílása vagy ex testa-

mento, vagy ab intestato, és harmadszor az örökség megszerzése, *acquisitio* vagy *aditio hereditatis*. Az erre vonatkozó szabályokat már nagyrészt elöadtuk. Láttuk a történeti részben, hogy csak a voluntarius heres, az extraneus, szorult az aditióra, a melynek módjai: a formátlan *aditio, pro herede gestio* és a *sollemnis creatio*. Láttuk továbbá, hogy a praetor már minden örököstől megkivánta az *agnitiót*, a melynek alapján végbevitte a *datio bonorum possessionist*, még pedig minden cognitio nélkül. Iustinianus ismét helyreállította a régi rendet azzal, hogy a gyermekeket ismét necessarius here-sekké tette cum beneficio abstinendi. Nála az örökség már korlátozva vagy korlátlanul szereshető meg, a szerint, a mint az örökös a beneficium inventariivel él vagy sem.

A megszerzési időre vonatkozólag láttuk a praetor intézkedését, a ki 1 annus utilist adott a descendenseknek és ascendenteknek, 100 utilis diest minden más örökösnek. Láttuk továbbá az örökös jogai és kötelességei című szakaszban a *tempus deliberandi*, a meggondolási időt, mely legfeljebb 9 óra terjedhetett, ugyanott láttuk továbbá, hogy a beneficium inventarii miként változtatott rajta.

E helyütt még csak az incapacitást kell tárgyalnunk. Vannak oly személyek, a kik számára a delatio megtörténik ugyan, de ők a hagyatékot még sem szerezhetik meg, örökösökké még sem lehetnek. Bizonyos személyeknek nincs meg a megszerzési képességük. Az ilyen incapax személy azért lehet végrendeleti örökösnek kinevezve, és ha mint ilyen nem is szerzi meg az örökséget, nem áll be az intestat örökség, ebben különbözik attól, a kinek testamenti factio passivája nincs.

Ilyen incapax személyek: 1. a lex Papia Poppaea szerint a coelebs és orbus, a ki megfelelő kora daczára sem házasság, illetve gyermektelen. A coelebs, hacsak a delatiótól számított 100 nap alatt meg nem házasodik, teljesen, az orbus pedig a fele örökségtől esik el és az így meg nem szerzett részt (*bonum caducum*) azok a végrendeleti örökösök kapják, a kiknek gyermekeik vannak, ilyenek hiján a gyermekáldásban részesült hagyományosok, ilyenek hiján a fiscus. A bonum caducum megszerzésére szolgál a *vindicatio caducorum*.

2. Incapax volt a lex Iunia Norbana alapján a Latinus Iunianus, hacsak a delatiótól számított 100 nap alatt a civitást meg nem szerzi.

Ezt a két esetet, mely politikai sociologiai szempontból indult ki, Iustinianus megszüntette, sőt a lex Papia Poppaea rendelkezését már Constantinus helyezte hatályon kívül, úgy hogy ma csak néhány családjogilag indokolt incapacitas áll még fenn. Ilyen

3. a parens binubus második házastársa, ki csak annyit kaphat akár inter viros, akár mortis causa, mint a mennyit az előző házasságból származó legkevesebbé dotált gyermek. A mit többet kap,

egyenlően oszlik meg az előbbi házasságból származott gyermekek közt.

4. A törvényes descendenseket hátrahagyónak törvénytelen gyermekei és azok anyja a hagyatéknak csak $\frac{1}{12}$ -ét szerezhetik meg, a többi a törvényes örökösökre száll.

5. Incapax végül a mulier probrosa.

III. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG VÁLTOZÁSA.

171. §. Az örökjog változása.

Az örökjog, helyesebben az örökös i positio változása lehet tárgyi és lehet alanyi.

Tárquilaq változik pl. az accreſcentia által.

Az alanyi változásnál ismét meg kell különböztetni az inter vivos és mortis causa változást. Inter vivos in iure cessio hereditatis által léphet az örökös helyébe más, mortis causa pedig a transmissio által lép az elhunyt örökös (helyesebben örökösjelölt) helyére más.

1. Az in iure cessio hereditatis nem a mai örökségvétel. Ma a leendő örökös még az örökhagyó életében előre eladja az örökségre való kilátását. Ezt a római jog nem ismerte és helyesen, mert rendszeren uzsorára ad alkalmat. Ismerte ellenben a római jog az örökség eladását úgy a delatio stadiumában, mint a már elfogadott örökségét is.

In iure cessióval átruházható tehát a még el nem fogadott, de már deferált legitima hereditas. E szerint csak a törvényes ex asse, t. i. egyedüli örökösök élhettek az in iure cessióval, testamentarius örökösök nem, mert hisz ők az örökhagyó bizalmi emberei, a kik személyesen tartoznak az örökséget rendezni. Nem in iure cedálhatja az örökséget a suus sem, mert hiszen nála a delatio stadiuma általában elesik. Az in iure cessio folytán a vevő örökössé lesz, csak ő veheti át az örökséget és egyedül ő felel a hagyatéki hitelezőknek. Az eladó elesik minden örökségi jogtól, de az örökségi terhektől is ment. Az in iure cessio delatae hereditatis a régi jogban a successio graduum et ordinumot pótolta, a mennyiben a delatus proximus agnatus, a ki az örökséget elfogadni nem akarta, a mi által az vacanssá lett volna, a maga positióját távolabbi agnatusra ruházhatta. Ma már igen aggályos volna ennek az intézménynek az elismerése, mert a meghívott örökösnek arra ad módot, hogy az örökség vagyoni előnyét, a vételárat, a hátrányok nélkül élvezze és mert továbbá a hagyatéki hitelezők a hagyatéki vevő személyében esetleg kevésbé jó adóst nyernének. Hadrianus óta az in iure cessióval együtt a deferált örökség eladása is lassanként megszűnt.

Átruházható másodszor a már megszerzett örökség is és volta-képen csak ez tartoznék ebbe a fejezetbe, mert a delata hereditas átruházásával nem az örökös személyében történt változás, hanem csak az örökösjelöltében. Csakhogy megint a már aquirált örökség eladásával az örökös posítio valójában nem változik, mert a hagyatéki hitelezőknek továbbá is az eladó felel. Ez az adásvétel kifelé nem hat, ez csak az eladó és vevő közt állapítja meg azt a viszonyt, hogy kölcsönösen oly gazdasági eredménynek előállítására vannak kötelezve, mintha a vevő és nem az eladó volna az örökös. Az eladó köteles a hagyatéki dolgokat traditíóval, a követeléseket cessióval átruházni. (Ha az eladás in iure cessio formájában történt, a dolgok külön átruházására nem volt szükség, mert hiszen az in iure cessio egyszersmind, sőt valójában csakis tulajdon-átruházási szerződés.) Ezzel szemben a hagyatéki vevő a vételár megfizetésén kívül a hagyatéki tartozások átvállalására is köteles. De mint mondtuk, ez csak belső viszony, a hagyatéki hitelezők tovább is csak a régi örökös ellen fordulhatnak. Ma e tekintetben annyiban állt be változás, hogy a hitelezők a vevő ellen is fordulhatnak.

2. A mortis causa változásoknál csak a deferált örökségben történt változásról lehet szó. Mert ha A. az örökös már megszerezte az örökséget és azután hal meg, az örököse B. nem két vagyont örököl, t. i. A.-ét és A. örökhagyójáét, ő csak A. vagyont örököli, a melyben benne van az A. örökhagyójának vagyona is. Ő tehát nem lép az A. örökös posítiojába, hanem önálló új örökös posítiót nyer. Az örökös posítio átruházásáról e szerint csak a deferált, de még nem aquirált örökségnél lehet szó, t. i. az örökösjelölt halálával helyébe más örökösjelölt lép. Ez azonban beleütközik a római jognak azon alapelvébe, hogy *semel heres semper heres*. Ezért nem is ismeri a római jog azt, hogy a deferált személy maga végintézkedésében úgy rendelkezék, hogy delationalis posítiómat átruházom A.-ra. A delationalis helyzet átruházását per negotium mortis causa a római jog nem ismeri. Lépésenkint azonban elismerte azt, hogy az elhunyt delatus helyébe az ő örököse ex lege lépjen, a delatus örököse fogadhassa el az elhunytnak deferált örökségét. Ezzel elejét vették annak, hogy a delatus halálával az ő örökrésze megürüljön, nem állott be tehát sem successio graduum, sem accrescentia, illetve végrendeleti örökségnél substitutio, illetve szintén accrescentia. A delationalis posítiónak ez az ex lege való átszállása az, a mit transmissio-nak nevezük.

A legrégebb transmissio a transmissio ex iure suitatis. Ha a suus örökös meghal, mielőtt paterfamiliása örökségébe elegyedett volna, ez az örökség a suus örökösére száll. Ezt helytelenül nevezik transmissiónak, mert nem a delationalis helyzet száll át a suus örökösére, hanem a suus vagyona. A suusnál nincs delatio, ő ipso iure paterfamiliása halálával szerzi meg az örökséget, még ha nem is elegyedik bele, nem is foglalkozik vele.

Az első valódi transmissiót a jogtudomány fejlesztette ki. Ez az ú. n. *transmissio ex capite restitutionis in integrum*. Ha a delatus az örökség elfogadását valamely oly okból mulasztotta el, a melynek alapján in integrum restitutionának van helye és ő ezt az in integrum restitutiót kérte is, de még ennek elintézése előtt meghalt, akkor örökösei öröklik a restitutionalis igényt és ezzel azt a jogot is, hogy az örökséget adeálják. Ez volt az első lépés, a melyet csakhamar követett a második, hogy t. i. a transmissio akkor is beáll, ha az elhunyt delatus az in integrum restitutiót meg sem indította, de az erre szolgáló idő még el nem mult. Ilyenkor örökösei kérhették az in integrum restitutiót és ennek alapján az örökséget.

450-ben II. Theodosius és III. Valentinianus új transmissiót hoztak be, az ú. n. *transmissio Theodosiana*-t. E szerint a descendens végrendeleti örökösök helyett, ha az örökhagyó halála után, de még az acquisitio előtt meghalnak, ezeknek descendens örökösei fogadhatják el az örökséget. Némelyek ezt törvényes substitutiónak nevezik, a források azonban transmissióról szólnak.

A transmissiót végül Iustinianus általánosította. A *transmissio Iustinianea* bármely delatus örököseire vonatkozik és csak idő tekintetében állít fel korlátozást. E szerint a transmissio minden delatus örököseire beáll egy éven belül számítva onnan, hogy mikor nyert a delatus tudomást az örökség megnyílásáról. Ha azonban a delatus csak rövidebb spatium deliberationist nyer, a transmissio határideje is megrövidül. Bár a törvény nem szól róla, mégis helyes az az interpretatio, hogy e transmissiónak akkor is helye van, ha a delatus előbb hal meg, mielőtt a delatióról tudomást nyert volna.

Megemlítendő még a ma már nem praktikus *transmissio ex capite infantiae*, melyet szintén II. Theodosius és III. Valentinianus hozott be és a mely szerint, ha a delatus még infans, akkor az ő halálával a delatio átszáll atyjára, még ha nem is állt annak potestasa alatt.

IV. FEJEZET. AZ ÖRÖKJOG MEGSZÜNÉSE.

172. §. Az örökjog megszűnése.

A már többször említett *semel heres semper heres* szabálya elvileg útját állja az örökösí posítio megszűnésének. Ha valaki egyszer megszerzi az örökséget, többé róla le nem mondhat. Jogügylet útján tehát az örökjog meg nem szűnhetik. Ex lege azonban két esetben a praktikus hatás mégis az, hogy az örökjog az örökösí posítio megszűnik. Ez a két eset az indignitas és a fideicommissaria hereditas kiadása.

1. A már megszerzett örökséget az örökös elvesztheti indig-

*nit*as miatt. Az örököstől az örökséget elveszik — *bona ereptoria* — és más nyeri. Az indignitasnak két főcsoportja van. Indignus először is az olyan örökös, a ki az örökhagyót vagy annak emlékét megsértette, így különösen, ha az örökhagyót megölte vagy megölette, vagy a gyilkost nem üldözte, ha az elmebeteg örökhagyót nem támogatta, bár erre felszólítottak, ha az örökhagyó intézkedéseit mint hamisakat vagy inofficiosusakat megtámadta, de ezzel a keresetével visszautasított, ha továbbá intestat örökös létere az örökhagyó végrendeletét, codicillusát láb alól tette, ha az örökhagyót kényszerrel vagy dolussal bírta ő vagy más rá az institutióra, végül ha az örökhagyó az institutiót formátlanul visszavonta azért, mert az institutus megsértette. Az indignitas második főcsoportja az, ha a mortis causa juttatások az örökhagyónak és a honorálnak törvénykiírásszó magatartásán alapulnak. Így a *tacita fideicommissa* esetén, ha t. i. az örökhagyó A.-nak hagyott valamit, a ki magát a végintézkedésből ki nem tűnőleg arra kötelezte, hogy ezt a hagyatékot (néha csak hagyományt) oly személynek adja át, a kit öröklési képtelensége miatt az örökhagyó nem instituálhatott.

Az indignus heres örökségét (vagy hagyományát) rendesen a fiscus eripálja, csak kivételes esetekben nyerte más, így az örült örökhagyót ápolni nem akaró örökös részét az örült ápolója, a végintézkedésileg rendelt gondnokságot, gyámságot, gyermekfelnevelést visszautasító örökös részét meg az kapja, a ki ezt a gondnokságot stb. felezőlítés nélkül magára vállalta.

Az indignus megkapja az örökséget, rendes módon meghivatik, és rendes módon meg is szerezheti, de ha egyszer megszerezte, elvétetik tőle. Ha indignitása tudatában szerezte meg az örökséget, akkor büntetésből elveszti az örökhagyó ellen fennállott követeléseit, mint a melyek az örökség megszerzés által per confusioem úgyis megszűntek. Ha azonban tévedésből adeálta az örökséget, a confusio által megszűnt követeléseit restitutio által visszanyerte.

A német praxisban az indignitas tana Dernburg szerint, a kit az örökjogi tanokban Baron mellett első sorban követtünk, annyiban szenvedett változást, hogy a bonum ereptoriumot nem a fiscus. hanem az kapja, a ki örökös lett volna, ha az indignus nem élt volna.

2. Practice elveszti a maga örökös positióját az a heres, a kit az örökhagyó azzal bizott meg, hogy a hagyatékot valamely harmadiknak adja át (*universale fideicommissum*), ha a hagyatékot valóban átadja. Az eredeti rendezés szerint ugyan tovább is ő marad az örökös, ő felel a hagyatéki hitelezőknek, de már a SC. Trebellianum szerint ő a hagyatéki hitelezőktől mentesült és így practice megszűnik örökös lenni. A SC. Pegasianummal azonban ismét a régi állapot áll helyre, a mennyiben, ha az ilyen fiduciarius heres a hagyaték negyedét visszatartja, a mire ez a SC. neki jogot ad, tovább is ő felel a hitelezőknek. Végül Iustinianus a $\frac{1}{4}$ levonási

jogának fentartásával azt rendeli, hogy az átadott $\frac{3}{4}$ hagyaték terhei alól a fiduciarius heres szabadul. Tehát csak $\frac{1}{4}$ részben örökös.

V. FEJEZET. AZ ÖRÖKÖS VÉDELME.

Az örökös védelmét már az örökjog fogalma című fejezetben adtuk, mert az örökös posítio megértése céljából leginkább ott van helyén. L. tehát „Az örökös helyzete szemben a hagyatéki adósokkal” című szakaszt.

VI. FEJEZET. FÜGGELÉK AZ ÖRÖKJOG TANÁHOZ.

173. §. A hagyományok.

Ha valaki meghal, öröklésnek kell lennie. Ha nincs végrendelet, akkor ab intestato áll be az öröklés, mert universalis successiónak okvetlenül kell lennie. Singularis mortis causa successiónak, más szóval *hagyománynak* nem kell lennie. Hagyomány, singularis successio mortis causa csak akkor van, ha az örökös így akarja. Az örökhagyó halála esetére hagyhat valakinek valamit a maga vagyonából. Az öröklésnél nem a vagyonából hagy valamit, hanem hagyja a vagyonát, még akkor is, ha az az örökös a hagyatéknak csak $\frac{1}{100}$ részét kapja is. A mi ezt az örököszt a hagyatéknak erre a részére korlátozza, az az, hogy örököstársai vannak. Ha azonban ezek az örököstársak elesnek, accrescentia által része nagyobbodik, illetve az összes örököstárs elestével ő kapja meg az egész vagyont. Ha ellenben a hagyományos kapja a hagyaték $\frac{1}{100}$ részét (ú. n. *legatum partitionis*, a hagyaték hányadában kifejezett legatum), ennél többet sohasem kap, még ha az örökösök a többi $\frac{99}{100}$ részt nem is fogadják el, helyesebben ekkor ő semmit sem kap, még ezt az $\frac{1}{100}$ részt sem. Hogy az örökös, ha egy részre van is korlátozva, universalis successor mutatja az is, hogy ha az örökhagyó neki a hagyaték $\frac{1}{n}$ -át hagyja csak, de a többire nem nevez ki örököszt, ő nem az $\frac{1}{n}$ -ot, hanem az egész hagyatékot kapja. Tehát minden örökösöm megkapja a vagyonomat, a hagyományos pedig csak a vagyonomból kap. A hagyományos nem universalis, hanem singularis successorom, ő lesz alanya bizonyos jogoknak, melyeknek eddig én voltam. *Legatum tárgya csak jog lehet, kötelezettség nem.* Míg az örökös kötelezettségeimbe is succedál, addig a hagyományos csak jogaimat nyerheti. Ha úgy intézkedem, hogy A. összes dologi és kötelmi jogaimat nyerje el, A. csak hagyományos, csak singularis successor, mert kötelezettségeim nem szállnak rá.

A hagyomány fejlődése a római jogban két alakulatot mutat.

E két alakulat megfelel a római jog egyéb terein mutatkozó dualismusnak. Az egyik sollemnis, ünnepélyes, formai, a másik alakatlan, szabad. Az első, természetesen a régebbi neve *legatum*, *hagyomány* a szó szűkebb értelmében, utóbbi a *fideicommissum*, *hitbizomány*.

Legatum (ill. *fideicommissum*) az egyoldalú mortis causa jogügylet, melylyel activ vagyonom egy részét valakinek ingyenesen juttatom. Az, a mit juttatok, szintén *legatum* (illetve *fideicommissum*). A *legatum* formai jogügylet volt, még pedig igen szigorú kényes formásokhoz kötve. A római forrásokban még arra nézve is bő kazuisztika található, hogy valamely konkrét *legatum* formája megfelelő-e vagy sem, mert egy szótaggal való eltérés semmivé tette a *legatumot*. Ez teszi érthetővé, hogy a *digestákban* 3 egész liber (30., 31., 32. k.) a rendes titulus felosztás nélkül egy folytában csak de *legatis* beszél. (Itt nem a liber oszlik titulusokra, hanem a titulus liberekre.)

Két faja volt főleg a *legatum*nak. Az egyik direkt, közvetlen juttatási forma, a másik indirekt, közvetett. Ez utóbbi valójában nem egy, hanem egész csoportja a juttatási formáknak.

A direkt juttatási forma a *legatum per vindicationem*. Az örök-hagyó végrendeletében valamely *quiritar* tulajdonában lévő dolgot azzal a hatással hagy valakinek, hogy ez, a kit hagyományosnak, vagy honoratusnak nevezünk, a dolognak szintén *quiritar* tulajdonosa legyen, még pedig ipso facto, mihelyt a végrendelet érvénybe lép, azaz mihelyt az öröklés a végrendelet alapján beáll. A dolog tehát, a mely az örökhagyóé volt és mely a hereditas iacenshez is tartozott, a hagyományos lesz, még pedig közvetlenül, a nélkül, hogy az örökös kezén menne keresztül. A hagyományos dologi jogot nyer. Az indirekt juttatási formáknál a hagyományozott dolog előbb az örökös kezébe kerül, és a hagyományosnak csak kötelessége a dolgot kiadni. Az indirekt juttatási formáknál a hagyományos csak az örökös ellen fordulhat, ez az *oneratus*, a *legatum per vindicationem*nél ellenben mindenki ellen fordulhat, a kinél az örökhagyónak ez a *quiritar* tulajdonában volt dolga van. Ilyen direkt juttatási formában nemcsak tulajdonjog, hanem szolgálat is hagyható, sőt épen a *legatum* a leggyakrabbi keletkeztető forrása az *ususfructus*nak. A ki ilyen *legatum per vindicationem* formájában kap *legatumot*, az közvetlenül *rei vindicatiót*, illetve *actio in rem confessoriat* nyer.

Az indirekt hagyománynak három formáját ismerte a régi római jog. Ezek a *legatum per damnationem*, a *legatum sinendi modo* és a *legatum per praeceptionem*.

Legatum per damnationem, a végrendeleti juttatásnak az a formája, hogy a végrendelező az örököst a *nexum* erejével (*damnas esto* szavakkal) arra kötelezi, hogy a hagyatékból A.-nak valamit adjon. A hagyományos ezzel csak kötelmi jogot nyert, ő csak az

örökös ellen fordulhat, a hagyományozott dolog az örökös személyén keresztül jut csak rá.

A *legatum sineudi modo* formájában a végrendelkező az örököst arra kötelezi, hogy a hagyatéki dolgot hagyja meg a hagyományosnak, ha már nála van, illetve engedje, hogy a hagyományos a dolgot a hagyatékból elvegye. Az örökös pusztá türesre van kötelezve.

Legatum per praeceptionem-nek csak több örökös kinevezése esetén van helye, a kik közül egyik azonfelül, hogy örökös, hagyományosnak is ki van nevezve a hagyatéki valamely jogára nézve. Ilyenkor az osztály úgy történik, hogy ez az örökösnek hagyományozott jog, az ú. n. *praelegatum* az osztályból kivétetik, ezt a honorált mint *praecipuum*ot kapja, és csak a maradék kerül osztály alá. Nem valódi ú. n. *improprium praelegatum* az, mikor a hagyomány úgy szól, hogy az egész hagyatéki kerüljön osztály alá, és az örököstársak kötelesek a honoratus örökösnek valamit szolgáltatni, pl. kötelesek kiskorú örököstársukat a maguk költségén felneveltetni. A valódi, a *proprium praelegatum*-nál a hagyományos is terhelve van, mert az illető jog egy részét mint örökös kapta volna, és *legatum* voltaképpen csak a többi része. Ha a fenti példa valódi *praelegatum*-ként *construálódik*, akkor a honoratus is köteles a maga örökrésze erejéig a maga nevelési költségekhez hozzájárulni, és így ő ebben a részben voltaképpen nem hagyományos, hanem örökös, mert hisz a nevelésnek egy részét ő maga fizeti az örökségből. A valódi *praelegatum* tehát a vegyes *successiónak* esete, mert a hagyomány egy részét mint örökös kapja. Pl. 3 örökös közül az egyik *praelegatum*-ként 30,000 frtot kap. E 30,000 frtból csak 20,000 frt az igazi *legatum*, igazi *singularis successio*, mert 10,000-et úgyis kapott volna mint örökös, mint *universalis successor*. A *praelegatum* *legatum* természete csak akkor mutatkozik teljesen, ha a *praelegatarius* örökössé nem lenne, mert ekkor az egész *praelegatum*ot mint *legatum*ot kapja, de ha még az *aditio hereditatis* előtt meghal, örökösei csak 20,000 frtot kapnak, t. i. a *praelegatum* azt a részét, a mely a többi örököst terhelte volna, ha ő is örökössé lett volna. A *praelegatum*-mal honorált szintén csak kötelmi jogot nyer, még pedig örököstársai ellen. Jogát az *actio familiae heriscundae*-vel érvényesítheti. Ez a kereset szolgál a *praelegatum improprium* érvényesítésére is.

A négyféle *legatum*-nak nemcsak formái voltak előírva, de anyagi szabályok is voltak felállítva, az egyes *legatum*-mal miféle jogok hagyhatók. A *legatum per vindicationem* csak *quiritar* tulajdonra és szolgalmra volt alkalmazható, vele csak az volt hagyható, a mi az örökhagyó tulajdonában a halál pillanatában volt, illetve csak arra volt hagyható szolgalom. Ha az örökhagyó olyat akart hagyományozni, a mit előbb be kellett szerezni, azt csak a *legatum per damnationem* formájában tehetette. Igen nehéz és kényessé

tette ez a hagyományozást. Az örökhagyó pl. azt hitte, hogy a hagyományozott dolog az övé quiritar tulajdon szerint, holott csak bonitarius tulajdonos volt, és így legatum per vindicationemje megdőlt. Ennek meggátlására a *SC. Neronianum* azt rendelte, hogy ha valamely legatum bármely okból abban a formában, melyben az örökhagyó szándékolta, meg nem állhat, akkor mint legatum per damnationem álljon meg. Ettől fogva a legatum per damnationemnél eltekintettek a damnas esto szavaktól, a legatum kezdett formátlaná válni, illetve csak az a formaság kívántatott meg, hogy a legatum benne legyen a végrendeletben.

Már régebben ismerte a római jog a legatum mellett a singularis successiónak mortis causa szabadabb formáját, a fideicommissumot. A végrendelező a maga örököst a végrendeleten kívül, alakatlan, formához nem kötött levélben, ú. n. *codicillus*-ban arra kéri, hogy A.-nak bizonyos jogot adjon át. Becsületére bizza (fidei committit) az örökösnek, ezért *fiduciarius*, hogy ezt a kérelmet teljesíteni fogja. Innen ennek a verbis praerativis tett rendelkezésnek neve: fideicommissum, a mi különben magát a kiadandó tárgyat is jelenti. Az örököst e kérelem teljesítésére a jog eleinte nem kötelezte, a becsület dolga volt ez, kikényszeríteni nem lehetett. De itt is ugyanazzal a jelenséggel találkozunk, a melylyel a fides minden terén, így a fiduciánál is. Csakhamar a jog is védelmébe veszi ezt a kérelmet, sőt Augusztus idejében már külön praetor intézi az ilyen fideicommissumokból keletkező ügyeket. Ez az ú. n. *praetor fideicommissarius*. Ekkor a fideicommissum már jogi intézmény, a mely a legatum mellett századokon keresztül párhuzamosan fennáll. A fideicommissum úgy alakilag, mint anyagilag sokkal szabadabb, mint a legatum. Anyagilag annyiban, hogy vele nemcsak a végrendeleti örökös volt megterhelhető, hanem bárki, a ki az örökségből valamit kap. Fideicommissummal onerálható tehát az ab intestato örökös is, a hagyományos is, sőt a fideicommissarius is, vagyis az, a ki maga is fideicommissum alapján kapott valamit a hagyatékából. Legatummal csak a végrendeleti örökös volt megterhelhető. A legatum és fideicommissum közt még számos egyéb tekintetben is volt különbség. Míg a legatumban active és passive csak civis Romanusnak lehetett része, addig a fideicommissum e tekintetben sem volt korlátozva. A legatumból stricti iuris keresetek származtak, a fideicommissumot a praetor védte actiones in factum conceptákkal, esetről esetre fogalmazott keresetekkel. A legatum a végrendeletben a heredis institutiót meg nem előzhette, a fideicommissum igen. Legatumot csak testamenti factio passivával bíró kaphatott, fideicommissumot más is. Csak Hadrianus óta kívántatik meg a passiv végrendeleti képesség a hitbizományostól is. Úgyisintén csak Vespasianus óta van kötvé a fideicommissum elfogadhatósága a capacitáshoz, azelőtt incapax is elfogadhatta, holott legatumot csakis capax nyerhetett. Végül a quarta Falcidia sem volt eleinte a hit-

bizományból levonható, ezt csak a *SC. Pegasianum* terjesztette ki rá.

Igy találta elő a jogállapotot Iustinianus, a ki a digesták 30., 31. és 32. könyvében a hagyománynak két alakját egyesíti, egységes szabályozásnak veti alá. Nála legatum és fideicommissum már egyet jelent. Az egyesítést úgy végezte, hogy a legatum szabadabb, a fideicommissum pedig korlátoltabb lett. A legatum szabadabb lett, mert azokat a régi formákat, melyekhez kötve volt, Iustinianus végleg megszüntette. Már előtte más császárok is, pl. Constantinus, azt rendelték, hogy a legatum bármely formában érvényes, Iustinianus ezt radicitus kimondja. Másrészt azonban nem enged olyan szabadságot, mint a minő eddig a fideicommissumnál volt. A codicillust, mely eddig bármilyen pongyola levél lehetett, megszorította, bizonyos formához kötötte. A justinianusi legatum felszabadul tehát az alól a formaság alól, hogy a végrendeletben kell bennlennie, de másrészt nem történhetik bármely formátlan levélben. Hagyható a legatum codicillusban is, de ez már nem formátlan egy-két sor, hanem formákhoz kötött végintézkedés, melynek 5 tanú előtt kell végbemennie. Lehet szóbeli is, *codicillus nuncupativus*, de ha írásbeli intézkedés, *codicillus scriptus*, akkor az 5 tanú jelenlétén felül aláírásuk is szükséges. A codicillus tehát szintén alaki actussá válik, de kevésbé szigorú alakisággal, mint a végrendelet. Ilyen codicillus készíthető végrendelet mellett is, *codicillus testamentarius*, de készíthető a nélkül is az intestat örökös megterhelésére, *codicillus ab intestato*. A szerint, a mint a codicillusról örökhagyó végrendelete említést tesz vagy sem, beszélünk *codicillus confirmatus* és *non confirmatus*-ról. Ez azonban érvénye szempontjából különbséget nem tesz.

Iustinianus szerint tehát a hagyomány nemcsak végrendeletben, hanem codicillusban is hagyható. A végrendeletben hagyott hagyomány csak akkor lép életbe, ha a végrendelet is életbe lép, ha a végrendeleti institutus valóban örökössé lesz, különben a végrendelettel együtt a hagyomány is megdől. A codicillusbeli hagyomány már nem volt ily feltételhez kötve. Ép ezért szokásos volt a végrendeletekhez a *clausula codicillaria*-t csatolni, a melyben a végrendelező úgy intézkedett, hogy ha végrendeletem mint ilyen fenn nem állhatna, álljon fenn mint codicillus (*conversio, negotii*, l. 90. l.). Ily esetben a benne foglalt hagyományok a végrendelet megdölte után is érvényben maradtak.

A végrendelet és codicillus mellett elismeri Iustinianus az ú. n. *orale fideicommissum*-ot is. Ez a hagyományozásnak oly módja, hogy az örökhagyó közvetlenül fordul az oneratushoz valamely hagyomány teljesítésére. Az ilyen formátlan intézkedés csak olyképp volt kikényszeríthető, hogy a honoratusnak arra kell esküdnie, hogy nem chikaneból perli az oneratus, utóbbi pedig csak azzal mentesült, ha megesküdött, *quod nihil tale a testatore audiyit*. Ha erre meg nem akar esküdni, elmarasztaltatik. Más bizonyítéknak

helye nincs. Minthogy ma már ily esküket nem ismertünk, a fidei-commissum orale intézménye elejtettnek tekinthető.

Iustinianusnál a hagyomány az 5 tanún kívül teljesen a fidei-commissum természetét követi. Hatása mindig kötelmi. Az oneratus köteles a hagyományt teljesíteni quasi ex contractu, és ennek kikényszerítésére a honoratusnak in personam keresete van, az *actio legati*, melyet némelyek *actio ex testamento*-nak hívnak. Megindíthatja ezt rögtön, mihielyt az örökség elfogadtatott, helyesebben mihielyt *dies legati venit*. (Ezzel szemben az örökhagyó halálától az örökség elfogadásáig, illetve feltételes hagyománynál a feltétel beálltaig tartó időköz, *dies legati cedens*-nek nevezzük. Ez annyiban fontos, hogy ha a legatarius ez idő alatt meghal, már örökösei megkapják a legatutumot.) A legatutum elfogadása nincs formához kötve, a legatarius minden előleges nyilatkozat nélkül fordulhat az oneratus ellen. Ha a legatutum felfüggesztő feltételhez van kötve, akkor a *dies veniens* csak a feltétel beálltával áll be, de addig is cautiót kérhet a hagyományos az oneratustól, hogy a feltétel beálltával a hagyományt ki fogja szolgáltatni. Ez a *cautio legatorum conservandorum causa*. Ha a feltétel potestativa negativa feltétel, melynek beállta csak a hagyományos halálával bizonyos, pl. hogy nem fog házasodni, akkor a hagyományt rögtön kérheti, de cautiót kell adni a feltétel betartására. Ez a *cautio Muciana*. Ha az oneratus a hagyományt 6 hónap alatt ki nem adja, Caracalla a honoratusnak az ú. n. *missio in possessionem Antoniana*-t adja meg. Iustinianus a hagyományosnak az oneratus vagyonára törvényes zálogjogot ad. Ezek a hagyományos jogai. Ezzel szemben az oneratus a hagyomány kiadása fejében kérheti mindazon kiadásai megtérítését, melyeket mint bonus vir költött a hagyományi dolgokra. Ha pedig a hagyományos a hagyományi dolog birtokába helyezkedett az oneratus akarata nélkül, utóbbinak *interdictum quod legatorum* van a hagyományi dolog jelenlegi birtokosa ellen. Ez *interdictum adipiscendae possessionis*. Az oneratus culpa levisért is felel.

A hagyomány érvényességére vonatkozólag áll az ú. n. *regula Catoniana*: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile fore, id legatutum, quandocunque decesserit, non valere. (L. 1. pr. D. 34., 7.) Ez az általános quod ab initio vitiosum est, nec tractu temporis potest convallescere mellett azért fontos, mert megadja a kulcsot annak megítélésére, hogy a legatutum érvénye mely időponttól függ. Felelet: a hagyományozás időpontjától, nem a hagyományozó halálától.

Megdől a legatutum a következő esetekben:

1. Ha a testamentum vagy a codicillus megdől, vele dől a benne foglalt legatutum is. De ha a testamentum clausula codicillaria-val van ellátva, a testamentum megdőlte a legatutum érvényének nem árt. Nem árt továbbá az sem, ha a testamentum mint inofficiosum megdől. Végül fenmarad a legatutum a testamentum meg-

dölése daczára akkor is, ha a hagyatékot, mint bonum vacanst a fiscus kapja.

2. Megdől a legatum az ademptio legati-nek eleinte ugyanoly formában kellett megtörténnie, a melyben a legatum történt. Később már formátlanul is végbemehetett, de ez csak a fideicommissumnál semmisítette meg ipso iure, a régi legatummal csak ope exceptionis hatott, az oneratus a honoratus actio legatijét exceptio dolivel üthette vissza. Iustinianus az ipso iure megszűnést általánosította.

3. Megdől a legatum a translatio legati, vagyis az által, hogy a hagyományozó más hagyományost, vagy más hagyományi tárgyat, vagy más oneratusat jelöl meg, vagy az előbb purum legatumot feltételhez köti. Ilyenkor a régi legatum megszűnik és új keletkezik. Ha ez az új valami okból megdől, a régi nem elevenedik fel.

4. Megszűnik a legatum akkor is, ha a honoratus még ante diem legati cedentem meghal vagy testamenti factioját elveszti, úgyszintén

5. az oneratus halála és testamenti factio passivája elvesztésével ante diem cedentem.

6. Megdől a legatum, ha tárgya elpusztul, de sine culpa onerati.

7. Nem kérhető a legatum teljesítése akkor sem, ha a honoratus a hagyományi tárgyat más ingyenes módon pl. ajándék inter vivos útján már megkapta. Ez a concursum duarum causarum lucrativorum.

Ezekben az esetekben a hagyomány megdől, még mielőtt a honoratus, a hagyományos azt megszerezte volna. Vannak azonban oly esetek is, a mikor a legatarius a már megszerzett hagyományt vesztí el. Ilyenek, ha a hagyomány resolutiv feltételhez volt kötve és az beáll (a hagyomány bármely feltételt és időhatározmányt megtűr), ha továbbá a legatariust indignitas terheli, vagy végül in integrum restitutio folytán.

A hagyományt, mint mondtuk, nem kell külön megszerezni, a követelési jog die veniente meg van szerezve. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a hagyományosnak a hagyományt el kell fogadnia. Neki jogában áll visszautasítani. Ez esetben, ha neki póthagyományos van substituálva, ez kapja a hagyományt, ha ilyen nincs, akkor a vele re et verbis vagy csak verbis coniuncti collegatarii részéhez accrescál (a re coniunctiknek nincs hagyományi ius accrescendijök), ha ilyenek sincsenek, a hagyományt az örökösök kapják, a kinek gyermekeik vannak (heredes patres), ilyenek hiján a gyermekáldásban részesült hagyományosok (legatarii patres), ha pedig ilyenek sincsenek, megkapja a fiscus. Így rendeli ezt a lex Papia Poppaea. Iustinianus ezt megváltoztatta, a mennyiben a re coniuncti és az egyéb collegatarius közt a különbséget úgy állította fel, hogy míg utóbbiak a megürült hagyományi részt visszautasíthatják, előbbire

eo ipso átszáll, de míg ő sine onere kapja így meg, utóbbiak, ha elfogadják, csak cum onere fogadhatják el.

Mint láttuk, a legatariusnak is rendelhető substitutus. Ez két-féleképpen történhetik. Rendelhető a substitutus az örökös i vulgaris substitutio mintájára: ha A. nem lenne hagyományossá, legyen B., de rendelhető úgy is, hogy A. legyen hagyományos, a ki, ha meg is szerzi a hagyományt, bizonyos feltétel vagy időhatározmány beállta esetén, adja át B.-nek és akkor B. legyen a hagyományos. Ez utóbbi az ú. n. *fideicommissaria substitutio* vagy *successiv legatum*. Az örökös i positióra nézve a római jog ezt nem ismeri, mert beleütközik a semel heres semper heres elvébe, a legatumnál elismeri. Ennek egyik nevezetes alakulata a *családi hitbizomány*, ha t. i. a legatum substituílása úgy van rendelve, hogy a hagyományos halálával családja kapja a dolgot és így tovább. Ezt azonban a római jog nem ismeri el korlátlanul végtelen időre, Iustinianus és a praxis négy kézre szorította meg. Ha a dolog a negyedik kézbe kerül, felszabadul a megkötöttség alól és a családon kívülre is szállhat. A míg azonban a negyedik kézbe kerül a tulajdonos el nem idegenítheti, csak az egész család beleegyezésével. Ebből a családi hitbizományból lett a középkorban a spanyol habsburgi majoratus intézményének belevegyítése által a hírhedt középkori korlátlan hitbizomány intézménye, a mely a középkor nagyobb dicsőségére még ma is virágzik.

A legatum tárgya minden az örökhagyó vagyonában lévő dologi vagy kötelmi jog lehet, de hagyható olyan is, a mit az oneratusnak e célból még előbb meg kell szereznie. Tárgyi szempontból beszélünk *legatum speciei és generis*-ről, a szerint, a mint a honoratus specifikus vagy generikus kötelmet nyer, továbbá *legatum optionis*-ről, mikor a honoratus több tárgy közül választhat, még pedig a legjobbat, máskülönb az alternatív hagyománynál az a szabály, hogy az adós nem választhatja a legjobbat, illetve az oneratus, ha őt illeti a választási jog, nem választhatja a legrosszabbat. Beszélünk továbbá *járadéklegatumról*, ha az oneratus bizonyos időközökben tartozik bizonyos összeget szolgáltatni. In dubio ezt életjáradéknak vélelmezzük. Ha azonban bizonyos időre van szorítva, akkor a honoratusnak legalább az első ráta idején kell életben lennie, mert különben örökösei a további rátákat meg nem kapják (az életjáradéknál természetesen akkor sem kapják, ha a hagyományos egy vagy több rátát már fel is vett). Már az ú. n. *részlet-hagyománynál*, a hol a hagyomány szintén részletekben teljesítendő, a hagyományos örökösei még akkor is megkapják a hagyományt, ha a hagyományos még egy rátát sem vett fel, ha tehát már legati die cedente meghalt. Beszélünk azután szintén a tárgy szempontjából *alimentationalis járadékról* is. Ha a hagyomány tárgya követelés, ez háromféle módon hagyható, lehet t. i. *legatum nominis*, hagyom A.-nak B. ellen fennálló követelésemet vagy igényemet,

a mely esetben az oneratus sem a követelés veritasáért, sem bonitasáért nem felel, lehet továbbá *legatum liberationis*, azt hagyományozom A.-nak, hogy az oneratus az ellene fennálló követelést elengedje, illetve valamely harmadiknak A. ellen fennálló követelését teljesítse, és végül lehet *legatum debiti*, meghagyom az oneratusnak, hogy M.-nek ellenem fennálló követelését teljesítse. Ez utolsónak létjogosultságát számosan megtámadják, mondván, hogy M. úgyszólván követelheti örökösömtől a teljesítést, semmi értelme, hogy azt külön hagyományozzam is. Ezért csak olyankor akarják a *legatum debiti* elismerni, ha az oneratum többnek a teljesítésére utasítom, mint a mennyi az M. követelése. Ez helytelen okoskodás. Az ilyen hagyománynak mindig van értelme, mert M. ily módon nemcsak az eredeti obligatio alapján perelhet, hanem actio legatije is van. Megjegyzendő még, hogy sokan, sőt rendszeren a *legatum liberationis* a *legatum nominis*hez számítják. A *legatum liberationis* összekapcsolható a *legatum debiti*vel, a mikor activ solidaritas keletkezik. Pl. hagyományozom A.-nak, hogy örökösöm az ő B.-vel szemben fennálló kötelemét teljesítse, B.-nek pedig *legatum debiti* formájában ugyanezt hagyományozom. Ilyenkor az oneratumtól A. és B. solidariter követelhetik a teljesítést. (L. 369. l.)

174. §. Fideicommissum universale.

A fideicommissum (régii értelemben) tartalma lehetett bármi. Az örökhagyó megbizhatja a végrendeleti vagy ab intestato örökös, hagyományost stb., szóval a honoratumat bármivel. Ilyképen a fideicommissum tartalma az is lehetett, hogy az örökös azzal bízta meg, hogy az örökséget akár rögtön az elfogadás után, vagy később, vagy balálakor A.-nak adja át. Ha az örökös, kinek neve *heres fiduciarius*, ennek a hitbizománynak eleget tesz, a mint tennie is kellett, a helyzet praktice ugyanaz volt, mintha nem ő, hanem A. volna az örökös (*heres fideicommissarius*). Mikor ilyképen az egész vagyon adandó át a fideicommissariusnak, beszélünk *fideicommissum universalis*ről vagy *hereditas fideicommissari*áról. Ez *legatum* formájában a lex Falcidia miatt lehetetlen volt. *Legatum* formájában a vagyonnak csak egy része volt hagyható (legfeljebb háromnegyed része), az egész nem. A legatumnál tehát nem szó lehet *legatum universalis*ről, hanem csak *legatum partitionis*ről.

Rendszerint azt szokták mondani, hogy az *universalis* hitbizomány vegyes successio. Ez nem helyes. Vegyes utódlás pl. a *praelegatum*, a hol a honoratus a juttatás egy részében *universalis*, másik részében *singularis successor*, de nem az az *universalis* hitbizomány. A fideicommissarius *heres* a *fiduciarius* *heres*nek *singularis successor*a, a SC. Trebellianum, illetve Iustinianus óta pedig az örökhagyó *universalis successor*a (legalább praktice). A fideicommissarius *heres* tehát nem vegyes, hanem közvetett successor.

Az intézmény eredete praktikus okokra vezethető vissza. Ha az örökhatározó oly személynek akarta a vagyont hagyni, a kinek testamenti factio passivája vagy capacitása nincsen, ezt csak ily közvetett módon tehette. Ugyancsak azzal az intézménnyel játszhatta ki a semel heres, semper heres elvét, mert ily módon a vagyont sub condicione resolutive vagy sub die is juthathatta az örökösnek. Végül ezzel elérhette azt is, hogy az örökösök több gradusának juttassa az örökséget (*fideicommissaria substitutio*).

Az örökséget vagy annak egy hányadát ilyen fideicommissummal, illetve legatum partitionissal nyert honoratus a klasszikus jog szerint természetesen nem volt örökös. Ő csak a heres fiduciarius ellen fordulhatott, hogy ez a hagyatéki dolgokat neki tradálja, a hagyatéki követeléseket rá cedálja, de a hagyatéki hitelezők ő ellene nem, hanem csak a heres fiduciarius ellen fordulhattak és fordultak. Ép ezért utóbbi a jogokat sem volt köteles a fideicommissariusra ruházni addig, míg ez magát arra nem kötelezte, hogy a hagyatéki tartozásokat kifizeti. Erre szolgált a legatum és fideicommissum partitionisnél a *stipulatio partis et pro parte*, az universalis fideicommissumnál pedig a *stipulatio quasi emptae et venditae hereditatis*. Ezzel a fiduciarius heres magát arra hitelezte, hogy a hagyaték összes activáit (illetve azoknak hányadát) tradálja és cedálja, a fideicommissarius pedig elvállalja benne a hagyatéki összes tartozások (illetve azok hányadának) teljesítését. Ezzel azonban utóbbi nem szűnik meg singularis successor lenni, az elhunyt universalis successora továbbá is a fiduciarius heres, továbbá is őt perlik a hagyatéki hitelezők. Ezek a stipulatiók csak befelé szabályozzák a viszonyt, a hagyatéki tartozások teljesítése fejében a fiduciarius kártérítésért fordulhat a fideicommissarius ellen, de kifelé tovább is ő marad az örökös.

A fideicommissum universalere és partitionisre nézve (a legatumra nézve nem) új állapotot teremt a SC. *Trebellianum* (Nero alatt 62-ben), a mely meghagyja, hogy semmi stipulatio sem szükséges, ha a fiduciarius az egész hagyatékot, illetve annak hányadát restitválja a fideicommissariusnak és ez elfogadja, olyan legyen a joghatás, mint hogy ha a fideicommissarius közvetlenül az elhunyttól vette volna át a hagyatékot. Övéi lesznek tehát a hagyatéki dolgok és jogok és őt perelik a hagyatéki hitelezők. Iure civili persze a heres fiduciarius marad az örökös, de a praetor megadja a fideicommissarius heresnek a *hereditatis petitio fideicommissoriat*, és ellene megadta a hagyatéki hitelezőknek az örökös ellen indítható actiókat utiliter. Ily módon practice a fiduciarius heres megszűnik örökös lenni, practice most már a fideicommissarius heres az.

Ezzel szemben ismét visszamenést jelent a SC. *Pegasianum*, a mely ismét a régi singularis successiót állítja helyre, azzal a módosítással, hogy a quarta Falcidiát a fideicommissumra is kiter-

jeszti. E szerint a fiduciarius örökös csak a hagyaték háromnegyed részét köteles a fideicommissariusnak restituálni, azt is csak stipulatio partis et pro parte ellenében. Levonhatja tehát a negyedét, a melynek neve itt *quarta Pegasiana*, de tovább is ő marad az örökös, a hagyatéki hitelezők csak ellene fordulhatnak, ő pedig kártérítésért fordulhat, a fideicommissarius ellen. Ha a quartát le nem vonja, stipulatio quasi emptae et venditae hereditatisnek van helye, de persze ekkor is csak singularis successióval van dolgunk. A SC. Pegasianumnak másik intézkedése az, hogy a fideicommissariusnak megadja a módot arra, hogy az örökséget elfogadni vonakodó heres fiduciariust a praetor által az elfogadásra kényszerítse. Ez esetben azonban sem quarta levonásának, sem stipulációnak helye nincs, ekkor a SC. Trebellianum szerinti állapot marad fenn.

Iustinianus a két SC.-ot egyesítette, megtartván a SC. Pegasianumból azt, a mi a kényszerített elfogadásra áll és a quartát, egyébképen pedig a SC. Trebellianumot állította helyre. E szerint tehát stipulációra többé semmi szükség, practice mindig a fideicommissarius heres az örökös, csak azzal a megszorítással, hogy az örökséget önként elfogadó fiduciarius heres a hagyaték negyedét, a melynek neve Iustinianusnál már *quarta Trebelliana*, visszatarthatja.

A mi a fiduciarius és fideicommissarius heres viszonyát illeti, előbbi dolusért és culpa látaért felel, illetve, ha a fideicommissum csak a hagyaték hányadára, nem egészére szól, oly diligentiát tartozik kifejteni, quam in suis rebus adhibere solet. Az átadásig ő a hagyatéki tárgyak tulajdonosa, ő rendelkezik a hagyatékkal, de sem az egyes dolgokat, sem a hagyatékot el nem idegenítheti.

Az universalis hitbizománynak egyik különös faja a *fideicommissum eius quod supererit ex hereditate*. Az örökhagyó azzal bizza meg a fiduciarius herest, hogy a fideicommissarius csak azt adja majd ki (rendesen halálakor), a mi a hagyatékából még nála van. Ez esetben a fiduciariust nem köti semmiféle elidegenítési tilalom. Iustinianus ezt oda módosította, hogy a hagyatéknak csak háromnegyed részével rendelkezhetik szabadon, negyed okvetlenül kell, hogy a fideicommissariusnak maradjon, erre cautiót is kérhet. E negyed erejéig Dernburg szerint a fideicommissariusnak dologi keresete van, feltéve, hogy a fiduciarius heres, illetve ennek örököse, ki ehhez a negyedhez hozzányúlt, kártérítésre képtelen. Továbbá még a határidő előtt is követelheti e negyed restituálását, ha inséget szenvedne, vagy ha a fiduciarius heres, kinek más vagyona nincs, belőle dost vagy donatio propter nuptiást akar adni.

175. §. Egyéb mortis causa juttatások.

I. *Donatio mortis causa*. Oly ajándékozás, melyet valakinek az esetre ígerek, ha túlél engem. Ide tartozik továbbá az az aján-

dékozás is, a melyet valakinek arra az esetre ígerek, ha valamely jelenlegi veszélyben életemet veszteném. Ilyenkor, ha a veszélyből szerencsésen kimenekülök, az ajándékozás megdől, előbbi esetben pedig a megajándékozott halálával dől meg. A források a mortis causa donatiót elég furcsán így definiálják: Mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem. (Inst. II. 7. 1. §.)

A mortis causa donatio a rendestől a következőkben különbözik:

1. Az ajándékozónak a megajándékozott előtt kell meghalnia.
2. Az ajándékozónak korlátlan visszavonási joga van.
3. A donatio mortis causa házastársak közt is érvényes.
4. 500 soliduson túli ajándékozások nemcsak bírói insinuatío, hanem 5 tanú előtt kiállított nyilatkozatok formájában is érvényesek. Hogy Iustinianus a codicillaris formát kívánja-e itt meg, vitás. Dernburg, Arndts, Vangerow szerint nem, Baron, Windscheid szerint igen.

Iustinianus különben a halál esetére szóló ajándékozást a legatum mintájára szabályozta. A quarta Falcidiát már Severus terjesztette ki rá, Iustinianus ugyanezt teszi a capacitas követelményével, a cautio Mucianával és a codonatariusok közti ius accrescendivel. De a donatio mortis causa sorsa a végrendeletétől független, nem függ a felek activ és passiv testamenti factio passivájától. Abban is különbözik a legatumtól, sőt ez a főkülönbség, hogy csak akkor perfect, ha a megajándékozott az ajándékozási ajánlatot még az örökhagyó életében elfogadja, mert hisz a donatio szerződés, holott a legatum egyoldalú ügylet.

II. *Mortis causa capio* minden halálesetre szóló juttatás. Szűkebb értelemben minden halálesetre szóló juttatás, a mely sem örökség, sem legatum, illetve fideicommissum, sem pedig donatio mortis causa. Ilyenek, ha A.-nak ajándékozik valakit B. halála esetére, vagy arra az esetre, ha valakinek örökségét, hagyományát el- vagy el nem fogadja, végül a *condicionis implendae datum*. A. azért kap valakit B.-től, mert B. csak ily feltétellel szerezheti meg a rá deferált örökséget vagy hagyományt.

C) CSALÁDJOG.

176. §. A római családjog fejlődése.

A régi római paterfamiliasnak minden felett, a mi házához tartozott, abszolút korlátlan hatalma volt. Ennek az egységes hatalomnak neve: *manus*. E *manus* alatt állottak gyermekei, felesége, rabszolgái, élő és élettelen egyéb dolgai. Neki mindezek fölött teljesen korlátlan hatalma volt, *ius vitae ac necis*. Ez, mint már a rabszolgaságnál is kifejtettük, csak szabály volt, de a való élet nem igen felelt meg neki.

Mindaz, a mi a paterfamilias *manusa* alatt áll együtt adja, a *familiát*. Familia nem a mai család, hanem az az egész hatalmi kör, melyben a paterfamilias benne áll: ember, állat, dolog. A mi ehhez tartozik, *quod in manu est*, az ő *mancipiuma*, tulajdona. *Manus* tehát a hatalom a familia felett és *mancipium* az a jogi viszony, a melyben mindezek a dolgok, személyek a paterfamilias-hoz állanak. Magukat ezeket a személyeket, dolgokat egy néven *res mancipinæ* nevezzük. Ezek köréből lassanként kiváltak a gyermekek és a feleség, úgy hogy *res mancipi* csak a rabszolga, a telek (persze római, hiszen csak kis parasztvároskáról van szó), az ennek megművelésére szükséges állatok, tehát az igavonó állat (*quadrupes, quae collo dorsove domantur*) és a mezei telki szolgalmak. Ekkor familia már csak a személyek köre, feleség, gyermekek. (De jelenti familia a rabszolgák körét is.) Idővel az egységes *manus* differentálódik és más nevet nyernek az egyes személyek és tárgyak fölötti hatalmak. A gyermek feletti hatalmat *patria potestasnak*, a rabszolga feletti *dominica potestasnak*, az állatok, dolgok feletti *dominiumnak*, az átmeneti hatalomban levő személyek fölötti *mancipiumnak* nevezték és csak a feleség fölötti hatalom neve maradt *manus*. E hatalmi viszonyok tárgyalása a családjog feladata. Csakhogy ezek közül a *dominium* (a tulajdon) és a *dominica potestas* csakhamar kiválik a családjogi körből s így előbbi a vagyon, utóbbit a személyjogban tárgyaltuk.

Familia tehát a paterfamilias hatalma alatt álló személyek

köre. Ez a régi familia fogalma. A régi család ú. n. *agnat*-család. Hogy kik tartoznak alája, az örökjogban bőven kifejtettük. E család mellett, sőt azt lassanként kiszorítólag megismerik a rómaiak a *cognat*, a vérrokonsági család fogalmát is. Erről szintén már az örökjogban volt szó. Ott láttuk, hogy a rokonság vagy egyenes vonalú (*linea recta*) vagy oldalági (*linea transversa*). Ugyanott megemlítettük már az *affinitást* (a sógorság) is, t. i. a férj és feleség közti, illetve az egyik házastársnak a másik rokonaihoz való viszonyát. Ez nem rokonság, bár a köznyelvben ezeket is rokonoknak nevezzük.

A családjog a maga külön karakterét az ethikai momentum-ban találja. Ép ezért mintegy átmenet a magánjog és közjog között. Magánjogi dogmatikai szempontból a benne tárgyalandó viszonyok részint relativ, részint abszolút jellegűek. A régi római jogban az abszolút jelleg dominált, ma a relativ. A régi római jog hatalma a gyermek, a feleség fölött abszolút jog, nemcsak mert korlátlan, hanem azért is, mert mindenki ellen fordult. Ennek csak maradványai maradtak a justinianusi jogban. Itt már az in personam jogok azok, a melyek dominálnak. A másik változás, hogy míg a régi jogban a családjogi hatalmak a hatalom birtokosa érdekében álltak fenn, a paterfamilias, a tutor stb. érdekében, addig a justinianusi jogban a fordítottja áll.

Az egyes családjogi viszonyokat Iustinianus institutiói sorrendjében adjuk. Mellőzzük tehát a családjog pandektajogi tárgyalását, egyrészt mert könyvünk máris nagyobb terjedelmű a szándékoltnál, de meg azért is, mert ez a rész a legkevésbé érdekes és legkevésbé praktikus. A családjog az, a mely legkevésbé kozmopolita, ez a magánjognak az a része, a melyre az ú. n. nemzeti geniusz leginkább nyomja rá a maga bélyegét.

177. §. Az atyai hatalom.

Az egységes manusból kivált hatalmak közül ez a dominiummal és a dominica potestasal együtt az, a mely Iustinianusnál még fennmaradt. *Patria potestas* az atya hatalma gyermekei felett. Ennek a hatalomnak két megszerzési alapja van: a *iustum matrimonium*, ez a természetes mód és az *adoptio*, ez a mesterséges mód.

A patria potestasnak csak szó szerinti fordítása a mai atyai hatalom. Ma is beszélünk az atyának gyermekei felett való hatalmáról, csak hogy ez ma nem jog, nem az apa kedvéért áll fenn, ez kötelesség, mely a gyermek kedvéért van. Így beszélünk ma pl. az atya nevelési hatalmáról. Ellentétes képet mutat a római jog, mert a patria potestas az ósrégi jogban, s ennek nyoma csak lassan enyésztek el, az apa érdekében állt fenn, a gyermek épúgy áll apjával szemben, mint a rabszolga urával szemben. Az apának feltétlenül joga van a gyermek teste, lelke felett, *ius vitae ac necis*,

rendelkezhetik vele, eladhatja, ius vendendije van stb. Ha a gyermek kárt tesz és az apa azt megtéríteni nem akarja, jogosítva van a gyermeket noxae dare, mancipiumba adni a károsultnak. Későbbben ugyan meg van tiltva a paterfamiliasnak gyermeket Rómában rabszolgának eladni, de ha külföldön, trans Tiberim adja el, a gyermek mégis rabszolga lesz. Ha Rómában adja el, akkor a gyermek csak quasi rabszolga lesz, a vevő felette ú. n. mancipiumot nyer.

A reactio ezekkel szemben csakhamar beáll. Már a lex duodecim tabularum is mutat enyhítést. Azt mondja: Si paterfamilias filium ter venunduit, filius a patre liber esto. Ha az apa gyermekét háromszor eladja, a gyermek atyja hatalma alól teljesen felszabadul. Később ez a háromszoros eladás, venumdatio csak színleg megy végbe, épen abból a célból, hogy a fiú felszabaduljon. Így lesz a háromszoros eladás az emancipatio formája. A ius vitae ac necis sem ismertetik el a császárság korában, a vele való élés már parricidium számba megy. De már a respublica idejében is ez a jog csak theoretikus volt, a iudicium domesticum és a censor ellenőrzése alatt állott. Még legtovább tartja magát a ius noxae dationis, de csakhamar ezt is hibáztatják és akképen alakítják át, hogy a noxae datus gyermek csak addig volt a károsult mancipiumában, míg a kárt le nem dolgozta. A keresztény császárság joga mutatja végül a patria potestast a mai alakjában, t. i. mint a gyermek érdekében fennállót.

Az eredeti kép az volt, hogy a gyermek a mit szerez, paterfamiliasnak szerzi. (Ez nem okvetlenül atyja, hanem legtávolabbi még élő ascendense, a kinek az ő apja is alá volt rendelve. A patria potestas voltaképpen nem a gyermek, hanem a filiusfamilias feletti hatalom.) A jogokat, melyeket szerez, a paterfamiliasnak szerzi, de már az obligatiókat, a miket vállal, magának vállalja, épügy, mint a rabszolga. Csakhogy míg a rabszolga obligatiója csak naturalis obligatio, addig a fiúé teljes védelemben részesül. A filiusfamilias tehát be is perelhető, el is marasztalható. A bibi csak a végrehajtásnál van, mert ha a filiusfamilias el is marasztaltatott, nincs miből rajta megvenni. A filiusfamiliasnak nincs vagyona, mert mindene a paterfamiliasé. Van ugyan neki is mint a rabszolgának *peculiuma*, de jogilag ez is a paterfamiliasé, csak tényleg a filiusé. (Ennek a peculiumnak fajtái: *peculium profecticium*, a mit a paterfamiliasról kap, *adventicium*, a mit anyai felmenőjétől vagy más extraneustól kap, *castrense*, a mit hadi szolgálatban és *quasi castrense*, a mit ipari, kereskedelmi tevékenységével szerez.) A peculiummal tényleg meg volt törve a szabály, hogy a filiusfamilias vagyoneképtelen, de ebből a peculiumból a hitelező még sem elégithette ki magát, mert jogilag a paterfamiliasé. A filiusfamilias ellen tehát nem lehet végrehajtást tartani, bár obligatiója civilis kötelem. Az általa felvett pénzkölcsönből azonban még marasztalható sem volt, mert a már tárgyalt SC. Macedonianum

szerint ilyen mutuumból a filiusfamiliast csak naturalis obligatio terheli.

A patria potestas a régi jogban nemcsak a gyermekekre terjed ki, hanem azok gyermekeire is. Tehát a családfő hatalma alatt tartja az ő descendenseit in infinitum, hatalma alatt tartja tekintet nélkül korukra, házasság legényváltukra. Csak ha meghal, szabadulnak fel az ő hatalma alól az ő gyermekei, a kik most külön-külön nyernek patria potestast, ők lesznek paterfamiliasokká vagy a mi azzal teljesen egyenlő, sui iurisokká, és ilyenek lesznek ismét tekintet nélkül a korra. Lehet tehát 80 éves ember filiusfamilias, más szóval alieni iuris, ha ugyanis apja még él és ő nem emancipáltatott, lehet ellenben két hónapos gyermek is sui iuris vagy paterfamilias, ha egy apai ascendense sem él vagy emancipálva van. A paterfamilias halálával tehát gyermekei sui iurisokká, paterfamiliasokká lesznek. De nem lesznek azzá ezeknek gyermekei, bár ők is patria potestasban voltak az elhunytak, ők a paterfamiliassá lett atyjok hatalma alá jutnak. Ily módon a patria potestas alatt állók körében két csoportot lehet megkülönböztetni. Vannak először olyanok, a kik a paterfamilias halálával sui iurisokká lesznek; ezek azok, kik a paterfamilias közvetlen hatalma alatt állanak, tehát nemcsak gyermekei, hanem unokái is, kiknek apjuk a hatalomból akár halál, akár emancipatio vagy adoptióba adás folytán kiesett, dédunokái és így tovább, ha a közbeeső descendensek már nincsenek a hatalmában. Ide tartozik a feleség is, a ki filiae loco est. Mindezek a paterfamilias halálával sui iurisokká lesznek, ezért nevők *suusok*, a kik *suus herusok*, a saját uraik lesznek. Vannak másodsorban olyanok a patria potestasban, a kik a paterfamilias halálával nem lesznek sui iurisokká, hanem tovább is alieni iurisok maradnak, még pedig a volt *suusok* hatalma alatt.

Ma szülői hatalma voltaképen kettőnek van, az atyának és az anyának. Mindenki két családhoz tartozik, atyja és anyja családjához. Nem így az agnat familia korában. Csak az atyának, illetve atyai fiági felmenőnek van patria potestas, és minden ember csak egy agnatióhoz tartozik, t. i. apjához. Innen van, hogy ha a leány, a ki szintén atyja patria potestas alatt áll, férjhez megy és ez által férje manusa alá és így annak családjába kerül, ez által eddigi családjából kiválik. Ha azonban a lány atyja halálakor még hajadon, ő is sui iurissá válik.

Látjuk egy szóval, hogy nem mindenki, a ki leszármazó, volt egyszersmind patria potestas alatt álló ú. n. agnatus is, pl. nem volt az a férjhez ment leány, nem az emancipált, t. i. önjogúvá tett, sem az adoptióba adott, t. i. másnak patria potestas alá adott gyermekek. Másrészt meg voltak a patria potestas alatt nem leszármazók, pl. az adoptált gyermekek. Tehát a véroközösség nem szükséges a patria potestashoz, de ismét nem is elegendő. Az újszülött csak úgy kerül a patria potestas alá, ha a paterfamilias

felemeli őt (*ius tellendi*), csak ezzel, és nem a vérközösséggel kerül a familiába, az agnatióba. Később persze az olyan paterfamilias, a ki oly kegyetlen, hogy az újszülöttet nem tollit, nota censoria alá esik. A jog fejlődésével azonban, mint mondtuk, a vérrokonság jogilag is érvényesül és háttérbe szorul, majd egészen elenyészik a régi agnat család a vele járó jogkövetkezményekkel együtt.

A nő jogállására nézve láttuk, hogy előbb paterfamiliasa, majd férje, illetve annak paterfamiliasa hatalma alatt áll. Ha azonban apja a paterfamilias és ő ennek halálával még hajadon, vagy férje hal meg, a ki szintén *sui iuris* volt, akkor a nő is önjogúvá, paterfamiliássá válik, önmaga külön család. Ha azonban megházasodik, önjogúságát ismét elveszti, férje agnatiójába kerül. Ezt fejezi ki az ismeretes paroemia: *mulier est suae familiae caput et finis*. A nőnek nem lehet patria potestas, szülői hatalma.

Az atyai hatalom keletkeztető tényeként mint láttuk első a jogszerű házasságból való leszármazás.

178. §. A házasság.

Épűgy, mint általában a családjog, úgy a házassági jog is házassági személyi és házassági vagyoni jogra oszlik.

Iustinianus így definiálja a házasságot: *nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*. A házasság férfinak és nőnek egyesülése osztatlan élet folytatása céljából. Modestinus a digestákban kissé czifrábban így definiál: *Nuptiae sunt coniunctio maris atque feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. A házasság valóban olyan definiálhatatlan viszony, hogy csak a praxisban lehet megtanulni. Iustinianus és Modestinus definitiói nem strikt jogi meghatározások, van bennök költői máz és így nem is egészen igazak. Mert, ha pl. a házasság confarreatióval meg van kötve, akkor házasság az akkor is, ha már nem is élnek osztatlan életet, tehát nem *individuam consuetudinem vitae continens*. Iustinianus definitiója a házasság ideáljának, nem a jogi fogalomnak leírása.

A házasság a justinianusi jogban egészen más, mint a régi jogban. A régi házasság, úgy a mint azt a 12. tábla alapján megconstruálhatjuk, nem a férj és feleség közti viszony, az az apa viszonya leányával szemben. A mit a feleség szerez, férjének szerzi, a mit obligál, magát obligálja, a mi delictumot elkövet, azért noxae kiadható. A férjnek ezt a hatalmát felesége fölött *manus*nak hívjuk, de ez mint látjuk, inkább atyai hatalom. Férji hatalom úgy a mint az a justinianusi jogban és ma van, ebben az időben ismeretlen. Ma a férji hatalom abban áll, hogy bizonyos kérdések eldöntése a férjtől függ, így ő határozza meg a *domicilium*ot, a háztartási kiadások mértékét, a feleség bizonyos megadással tarthat viseltetni a ház fontosabb ügyeiben, obsequiummal és reve-

rentiával tartozik férje iránt. Ez nincs meg a régi jogban, ott a férji hatalom, bár névleg más, mégis inkább patria potestas.

A justinianusi jogban és ennek alapján a keresztény egyházi jogban is a házasságkötés formátlan consensualis jogügylet, *consensus facit nuptias*. Nem így a régi jogban, a melyben minden ügylet strikt, alaki. A régi jogban a házasságkötésre két forma szolgált, egyházi és világi forma (bár ez csak körülbelül talál). A mintegy egyházi forma a *confarreatio*. Ez valószínűleg a régibb. Panis farreus, szent ostyaféle, alkalmazása mellett történt, tehát vallásos ceremóniával ment végbe. Alkalmasint a legrégibb formája a házasságnak, a mely hosszú ideig csak patriciusok közt volt alkalmazható. A másik forma a *coemptio* a régi mancipatio, a régi adás-vétel formájában kötött házasság. Minden régi jogban találkozunk azzal a formával, hogy a leány eladatik, ennél csak a nőrablás útján kötött házasság régibb. A szabin nők rablása csak mythikus felöltözése annak a ténynek, hogy a rómaiak is eleinte rablással szereztek nőiket. A második stadium, a nőeladás a coemptionban van megörökítve, a mely szintén formálügylet volt, a mancipationak ismert formájában. A vőlegény megvette a leányt. A *confarreatio* és *coemptio*, ez a két forma, a melylyel *iustum matrimonium* köthető. A mi nem ilyképen kötöttük, nem *iustum matrimonium*, a nem így elvett nő nem kerül férje manusába. A tulajdonjog fejezetében láttuk, hogy a mit a civis nem mancipatio útján szerzett, az nem volt tulajdona, de azzá lett, ha bizonyos időn keresztül zavartalanul birta. Így volt ez a nem *confarreatio*val vagy *coemptio*val kötött házasság három napig meg nem szakítása (*usurpatio trinoctii*) esetén is. Az *usus*, egy évi használat, egy évi szünetlen együttélés megállapítja *ex post* a *iustum matrimonium*ot. A tankönyvek úgy szokták előadni, hogy a házasságkötésnek három formája volt, *confarreatio*, *coemptio* és *usus*. Ez nem helyes. Az *usus* nem formája a házasságkötésnek, ellenkezőleg, csak pótlása a forma elmulasztásának. A *confarreatio* és *coemptio* a köztársaság folyamán hovatovább eltűnt. Valamint a mancipatio később csak symbolikus adás-vétel lett, úgy a *coemptio* is csakhamar csak symbolikus házasságkötéssé vált. Ebben a korban t. i. előnyben részesültek a férjes nők, ekkor hozta meg Augustus a *lex Julia*-t de *maritandis ordinibus* és a *lex Papia Poppaea*t a házasság propagálására. Ilyen előnye volt a házasságkötésnek egyebek közt az is, hogy a *sui iuris* nő, a ki gyámság alatt állott, ez által a gyámság alól felszabadult. Hogy a nő ezeket az előnyöket élvezze, házasságot kötött, de csak *symbolice*, képletesen a *coemptio* formájában. Választott magának *senex coemptiarius*st, öreg barátot, a ki nőül vette ugyan, de egyszersmind arra is kötelezte magát *fiducia* formájában, hogy férji jogait gyakorolni nem fogja. Így a házasságkötés formáját használták fel arra, hogy a nő jogilag asszonynya legyen, a nélkül, hogy egyszersmind feleség is volna.

A házasság cziviljogi elvén már az *usus* is rést ütött. Szűnetlen *usus* által a nő a férje *manus*ába kerül. De mint minden elbirtoklásnak, ennek is szűnetlennek kell lennie. Ha tehát a nő 3 éven keresztül távol marad a férfi házától, az *usus* interrumpálva van, *usurpatio* történt. Ez azt jelenti, hogy már ebben a korban is ismernek arra modust, hogy a nő *factice* feleség legyen, de a férj mégse szerezze meg a *manus*-t. Ilyképen már a régi jogban is vannak házasságok, melyek *manussal* járnak és vannak olyanok, a hol nincsen *manus*. Ez az utóbbi forma, a *manus*nélküli házasság mindjobban elhatalmasodik. A *respublica* vége felé már elismerik azt a házasságot, a mely *inter peregrinos* állt fenn, a forma nélkül, pusztá *consensus*sal kötött házasságot. A férj így nem nyer *manus*-t, de azért gyermekei felett mégis van *patria potestas*. A *justinianusi* jogban már csak ez a házasság van meg, már az az elv uralkodik, hogy *consensus facit nuptias*. Ezzel együtt jár, hogy a *manus* helyébe a férji hatalom fogalma lép.

Vagyonilag is nagy a különbség a régi házasság és a *justinianusi* között. A régiben a feleség vagyona a férjé, a feleségnek külön vagyona nincs, a *justinianus*éinál a nőnek vagyona független, önálló a férjétől. A mit a nő magával hoz a házhoz, a *bona paraphernalia*, az övé marad, ő rendelkezik felette.

A *iustum matrimonium* vagy *iustae nuptiae* mellett, a hová a *manus*nélküli, ú. n. szabad házasság is tartozik, a római jog még két viszonyt ismer a nemi együttélésre, az egyik a *concubinatus*, a másik a *contubernium*. A *concubinatus* állandó együttélési viszony, a melyből csak az *affectus maritalis* hiányzik. Együttélés házassági szándék nélkül, a melyet a jog is elismert. Annyira elhatalmasodott ez a közszokásban, hogy *Augustus* sem merte eltörölni. Így a *iustum matrimonium* és a teljesen törvénytelen együttélés, a *stuprum* közt közvetítő formaként ismerte el a római jog a *concubinatus*-t. *Augustus* ezt csak annyiban szorította meg, hogy a legelőkelőbb osztályú nőket a *feminae honestae*-t eltiltotta tőle, de egyébként bármely férfi bármely nővel kötheti. A későbbi császárok ezt a korlátot is eltörlik, másrészt megkötését nyilvános formákhoz kötik. A *concubinatus* több, mint a *stuprum*. A *concubinatus*ból származó gyermekek *liberi naturales* privilegizálva vannak, az apától alimentációt kérhetnek, törvényesíthetők. Nem így a *stuprum*ból származók. Ezeknek, qui vulgo concepti sunt, jogilag csak anyjuk van, apjuk nincs. Egészen más a *contubernium*. Ez a rabszoláknak egymás közötti, illetve rabszolga és szabad közötti tényleges együttélési viszony, nem jogi, mert házasság csak szabad emberek közt lehet.

A *manus* nélküli ú. n. szabad házasságban a nő férjével szemben *extraneus*, vagyoni tekintetben teljesen különáll férjétől. Csak két tekintetben van a szabad házasságnak vagyoni hatása: 1. Férj és feleség közt nem jöhet létre ajándékozás. 2. A köztük fennálló ethikai viszonyból kifolyólag köztük furtumról nem lehet szó, az

egyiknek a másik ellen nincs actio furtive, hanem csak *actio rerum amotaruna*.

Vagyoni ügyletek azonban nemcsak a házasság idején, hanem már menyasszony és vőlegény közt szoktak keletkezni. Ilyenek a hozomány, dos és a donatio propter nuptias. Ezek rendszeren a szabad házasságot is megelőzték. Ezeket szokás házassági vagyoni jog néven tárgyalni, de helytelenül, mert ezek nem a házasságnak hatásai, nem ex lege folynak a házasság tényéből, hanem szerződésből, melyet persze a házasság feltevéséből kötnek.

Dos, hozomány az a vagyonérték, melyet a férj azért kap, hogy ez az ő vagyonát szaporítsa és hogy ezzel a házassági terheket könnyebben viselhesse, ad ferenda onera matrimonii. A házassági terheket ugyanis a férj tartozik viselni, a nő családja nem köteles ehhez hozzájárulni, de illendő volt, hogy ezt megtegye. Erre szolgált a dos. Illendő volt, úgy mondtuk, de a férj nem követelheti. A lex Julia óta azonban a nő már követelheti ascendenseitől, hogy neki hozományt adjanak. Ez a hozomány, mely a férjnek leköttetik, a férjé. A dos leköttése vagy szerződéssel, vagy egyoldalú ügylettel történhetett, másrészt megtörténhetett dologilag és kötelmiileg, a szerint, a mint mindjárt át is adták a férjnek, vagy csak ígérték. Első esetben a férj mindjárt tulajdonjogot nyert a hozományi dolgokra, második esetben pedig csak kötelmi jogot kiadatásukra. A justinianusi jogban a dologi szerződés neve *dotis datio*, a kötelmié *dotis promissio*, dos aut datur aut promittitur. A régebbi jogban három kötelmi forma van a dos ígérésére: a *dotis promissio*, *dotis dictio* és *dotis pollicitatio*. (Ez a tan különben vitás.) A *promissio dotis* közönséges stipulatio, tehát alaki verbalis szerződés. A *dotis dictio*ra nézve már vitás, alaki volt-e vagy alakatlan? Valószínűleg alaki volt, Gaiusból legalább így vehető ki. Alaki volt, de csak egyoldalú (uno loquente). A *pollicitatio dotis*, melyet némelyek a *dotis dictio*val egynek mondanak, valószínűleg alakatlan, egyoldalú ígéret volt. Iustinianus ezeket a különbségeket megszünteti és csak a *promissio dotis*t ismeri el a dos kötelmi hatású constituálására.

A dos constituáló ezek a szerződéseket a férj vagy magával a nővel kötötte, ha az sui iuris volt, vagy atyjával, vagy köthette bárkivel. Bárki adhat dos. A szerint, hogy ki adta a dos, megkülönböztetünk *dos profectitiát* és *adventitiát*. Az első az, a mely ex patre uxoris proficiscitur, minden máshonnan eredő dos dos adventicia. Harmadikként fel szokták itt említeni a *dos receptitiát*, ez azonban nem tartozik ide. A ki a dos adta, egyúttal stipulatiót is szokott volt a férjjel kötni, hogy a házasság megszűnése után a férj ezt a dos vissza fogja adni, még pedig ugyanoly módon, mint a hogy kapta. Az ilyen visszajáró dos a dos recepticia. Ez tehát nem az eredeten alapuló külön fajtája a dosnak, ez nem az előbbi kettő mellett szerepel, hanem azokkal kapcsolatban. A dos recepticia

egyszersmind vagy profecticia, vagy adventicia is kell, hogy legyen. A visszaadásra irányuló ez a stipulatio a *cautio de dote reddenda*, vagy *cautio rei uxoriae*, melynek alapján a házasság megszűntével *actio*, helyesebben *condictio ex stipulatu*-val lehetett élni a férj ellen. Ez tudvalevőleg *stricti iuris actio*, a melylyel csak azt lehetett követelni, a mi a stipulációban meg volt határozva.

A constitutio dotis pillanatától fogva a dos vagyoneértéke a férj vagyonába jut. Ha dosként a férjnek elengedem valamely tartozását, ez a constitutio dotis pillanatával megszűnik. Ez esetben felmerül a kérdés, hogy a dos constituálásának ez milyen módja. Azok, a kik a datio doti alatt a vagyoneértéknek, a dolgoknak tényleges traditióját értik, a dos constituálásának harmadik módját is kell, hogy felállítsák, t. i. per acceptilationem. Ezt elkerülik azok, a kik datio dotis alatt a dosnak minden oly constituálását értik, a mi nem promissio dotis. A dos tehát a római jog szerint a férj tulajdonává lesz. A házasság végeztével persze, ha stipulatio reddendae dotis kötöttség, vissza kell adnia. A házasság alatt azonban korlátlanul az övé. Csak az ingatlanok tekintetében volt megkötve. A *fundus dotalis* az övé volt szintén, tulajdonosa annak, de rendelkezési joga korlátolt. A doshoz tartozó ingatlan el nem idegeníthető és meg nem terhelhető. Ezzel a nőnek a dos legfontosabb és legértékesebb részét biztosítani akartak. A visszaadás módja előre meg szokott volt határozatni. Vagy úgy adták a férjnek a hozományt, hogy felbecsülték azzal, hogy a férj majd csak ezt a becsértéket adja vissza, mintha tehát a dolgokat későbbi megfizetésre vette volna: *dos aestimata venditionis causa*, vagy ugyanazoknak a dolgoknak visszaadására kötelezték és csak azért becsülték fel, hogy ha rajta kívül fekvő, neki fel nem roható okból magukat a dolgokat vissza nem adhatja, akkor a becsértéket térítse meg: *dos aestimata taxationis causa*. Gyakran szabad választást engedtek neki, maguknak a dolgoknak, jogoknak vagy a becsértéknek restitúciója közt.

A férj csak akkor volt köteles a házasság megszűntével a dosot visszaadni, ha magát erre a dos constituálásakor stipulációban kötelezte. Később a jog megkövetelte, hogy ilyen stipulatio cautio nélkül is visszaadandó. A visszaadás kötelezettsége tehát nem ex stipulatu, hanem ex lege származott. A mit így a jog elrendelt, azt az illem már régen tartotta. A férj szerződés nélkül is visszaruházta a dosot, még pedig már a köztársaság idejében is. Ekkor is ismerték már az *actio rei uxoriae*. Ezzel a dos adó élhetett a dos visszakövetelésére, de nem ex contractu, hanem ex lege. Ez persze nem volt stricti iuris actio, hanem bonae fidei, melynek alapján a bíró a felperesnek nem annyit ítél meg, a mennyit felperes neki adott, hanem a mennyit méltányosnak látott. Így a férjnek sem rögtön, sem mindent nem kellett visszaadnia, költségek és esetleg elvált nejének tisztességtelensége miatt visszatartott

gyermekéi eltartása czimén levonásokat eszközölhetett, a minék a *condictio ex stipulatu*val szemben nem volt helye.

A fejlődés folyamán a dosnak a házasság megszüntével való visszaadására tehát két *actio* áll egymás mellett, a *condictio ex stipulatu* és az *actio rei uxoriae*. Előbbi *ex contractu* származott és *stricti iuris*, utóbbi *ex lege* és *bonae fidei*, megtűrt levonásokat és halasztásokat. Az *actio rei uxoriae* legszemélyesebb kereset, csak a nő élhet vele. Ha tehát a feleség meghal és a férj még nem adta vissza a dost, akkor, ha csak mással szemben a visszaadásra nem kötelezte magát, most már örökké az övé marad. Iustinianus a két *acti*ót egyesítette, a kettőből egyet csinált, melyet *actio ex stipulatu*nak nevez ugyan, de a mely már *bonae fidei* kereset, tehát halasztás és levonásnak helye van vele szemben. Levonásnak azonban csak *propter impensas necessarias* van helye. Élhet továbbá a férj a *beneficium competentiae*vel. Iustinianus szerint tehát a dos mindig visszaadandó, arra külön *stipulati*ot kötni felesleges. Csak egy esetben nem kell a dost visszaadni, ha t. i. a házasság a nő hibájából eredő válással szűnik meg. Ilyenkor a férj a dost megtartja. És ez által a dos eredeti vagyoni célja mellé ethikai is lép: a házasság tisztaságának megóvása.

A dos az egyik vagyoni jogi viszony, a mely a szabad házasságot megelőzte, a másik a *donatio ante nuptias*.

A *donatio ante nuptias*, a szabad házasságot rendszerint megelőző ajándékozási szerződés a vőlegény vagy az ő nevében más valaki (különösen a férj atyja) s a menyasszony között, melynek értelmében a menyasszony hozománya nagyságával nagyobbrészt megegyező összeget kapott. A házasság ugyanis a kezdetleges korban adásvétel volt, a mi a Keletről szivárgott át Rómába, de ott olyas alakulatot vett, hogy a vételárat nem a nő atyjának, hanem magának a menyasszonynak adták. Ebből fejlődött a császárság korában a *donatio ante nuptias*. Az illem magával hozta, hogy a vőlegény a nyerendő hozománynak megfelelő ellenértéket adjon a menyasszonynak (*antipherma*). Innen középkori neve: *antidos*, *contrados*. Ez az *antidos* a házasság megkötésével szintén a férj tulajdonába került, épp úgy mint a dos, és a házasság felbomlásával a nőnek kijárt. Ez különben a római örök jog miatt is szükséges volt. A szabad házasságbeli nőnek ugyanis csak *imaginarius örökjoga* volt. A praetori öröklés szerint a nő csak a hetedfokú, sőt a justinianusi jog szerint csak az összes rokonok után hivatott meg. Így más módon kellett ellátni. Erre szolgált a *donatio ante nuptias*, a mely tehát nem annyira a szeretetet tanusító, mint inkább gazdasági rendeltetésű ajándékozás volt. Ebből magyarázható, hogy Iustinianus a *donatio ante nuptias*nak a házasság alatti gyarapítását is megengedte, sőt Iustinianus már odáig ment, hogy szerinte az ilyen ajándékozás a házasság alatt is köthető volt, a mi máskülönben nem volna összeegyeztethető

azzal a római jogi szabálylyal, hogy a házasság alatti ajándékozások (*donatio inter virum et uxorem*) elvileg semmisek. A maga intézkedésének megfelelően az ajándékozás nevét is megváltoztatta, elnevezvén *ante nuptias* helyett *donatio propter nuptias*-nak. Iustianusnál az intézmény a következőképpen van szabályozva. A *donatio propter nuptias* a férj tulajdonába kerül, de a fundus dotalishoz hasonlóan a fundus antidotalis sem idegeníthető el, illetőleg meg nem terhelhető a nőnek beleegyezése nélkül, a melyet két év leforgásával ismételnie kell. A nőnek a *donatio* erejéig férje vagyonán törvényes zálogjoga van, a férj csődbe jutása esetén az antidotalis kiadását követelheti, de ez esetben jövedelmét a házassági kiadások fedezésére kell fordítania. Válás esetén, ha a férjet a Theodosius és Valentinianus megállapította válási okokban vétkeesség terheli, a *donatio propter nuptias* a nő kapja. Ha a házasság egyik fél halála miatt szűnik meg, akkor a túlélő fél kapja a donatutumot, még pedig a nő olykép, hogy gyermek nem léteben a szerződésnek megfelelően az egészet vagy csak egy részét, gyermekek léteben pedig egy gyermekrészen felül az egésznek haszonélvezetét.

Gyakori eset volt, hogy a *donatio ante nuptias* a nő dosképpen visszaadta a férjnek (*donatio ante nuptias in dotem redacta*).

Megjegyzendő, hogy a *donatio ante nuptias* néven a források a kifejtetten kívül a jegyesek közti ajándékozást (*largitas, donatio seu arrha sponsalitia*) is értették, a mely a jegyesség felbontása esetén visszakövetelhető volt, ha az ajándékozót a jegyesség felbontásában vétkeesség nem terheli. Constantinus rescriptuma szerint azonban a völegény ilyen ajándékainak csak fele követelhető vissza, ha az egyik jegyes halála miatt szűnt meg a jegyesség *interveniente osculo*. A csók volt ugyanis a jegyességnek *symboluma*.

Ez a két intézmény a dos és a *donatio propter nuptias* az, a mely a szabad házasság-vagyoni oldalát adta. Ezek mellett a nőnek meg volt a maga külön vagyona, a mit szerzett, magának szerzte, hiszen nem volt férje manúsbán. Hogy azonban túlzott gyengédség folytán a házastárs magát a másik javára vagyonától meg ne foszsa, meg volt tiltva a házastársak közti ajándékozás (*donatio inter virum et uxorem*), a mely csak akkor lett érvényessé, ha az ajándékozó haláláig vissza nem vonta. Talán e tilalom kijátszása ellen vagy a mi még valószínűbb, a rég manusbeli viszony emlékeképpen, ismerte a római jog az ú. n. *praesumptio Mucianae*, a mely szerint in dubio az, a mit a nő a házasság tartama alatt szerez, a férjtől származónak tekintetik, vagyis a férjé.

Nem minden férfi és nő köthet házasságot.*) Ezt a törvény-

*) 28. lapon a *lex plusquam perfecta* példájául a mai tilos házasság van felhozva. Ez oda módosítandó, hogy a tilos házasság *lex minus quam perfecta*.

hozások házassági akadályoknak szokták nevezni. Ez a szerencsétlen kifejezés a canonjogból ered. Az ilyen házassági tilalmakat a római jogban két szempont alá lehet fogni, mert vagy politikai vagy ethikai czélzattúak. Előbbiekről a császári jogban már nincs szó, helyükbe vallási korlátok léptek. Régen a connubium csak bizonyos körben volt megengedve, patricius és plebeius közt házasság nem volt köthető. 445-ben a lex Canuleia a plebs győzelmét befejezi, mert megadja a connubiumot a plebeiusoknak is. Később a házassági korlát a civis és peregrinus közé tétetett. Lassankint azonban megnyeri a connubiumot a Latinus, majd minden itáliai, végül 212-ben Caracalla a római birodalom minden polgárának megadja. Ezzel a politikai korlátok elestek. Helyükbe lépett a keresztény és nemkeresztény közötti házasság tilalma. Egészen más jelentőségűek az ethikai korlátok. Az ethikai érdek első sorban is azt kívánja meg, hogy a család eredete tisztán legyen kiszámítható. Egy házasság álljon fenn egy időben, hogy a gyermekek származása tekintetében homály ne legyen. A római házasság már a legősibb időkben monogamia. Ethikai követelmény, hogy bizonyos házasságoktól tartózkodnunk kell, így a descendensekkel való házasságtól. Az ilyen házasság az, a mit incestusnak, vérfertőzésnek mondunk, még pedig incestus iuris gentium. A rómaiak azonban tovább mennek. Ők ezzel a valódi rokonsággal egy vonalba helyezik a fictiv rokonságot, tehát az adoptio útján létrejött viszonyra is kiterjesztik ezt a korlátot. Ehhez az egyházjog hozzáadja még a keresztyszülők fictiv rokonságát is. A római jog továbbá ugyanazon ethikai szempontból megtiltja a házasságot a respectus parentelae alapján is, nem vehetem el tehát nagybátyámat, nagynénémét, szóval ascendensem testvéreit. Meg van tiltva továbbá a házasság testvérek között is, az ennek ellenére történt egybekelés incestus iuris civilis, azért iuris civilis, mert eredeti római tilalom. Az egyptomiaknál a testvérek közötti házasság nemcsak, hogy meg volt engedve, de szent dolognak is tartották. Az ascendenseknél és respectus parentelaenél a házassági tilalom korlátlan volt. Nem így az egyéb oldalági rokonságnál. Ennél transversa linea a tilalom csak a negyedik fokig áll fenn. A sógorságnál is bizonyos fokig tiltva van a házasság. Mindezek az elvek az újabb törvényhozásokba is átmentek. (A házassági akadályokat összefoglalva l. Vécsey 396. l., Kajuch 338. l.)

A házasság megszűnése. Úgy látszik a régi, az ősidőben a házasság felbonthatatlan volt. Hiszen a régi népeknél az özvegy férjét máglyán a halálba követi. Az ősrégi római időkre két adatunk van, a mely azonban egymásnak ellentmond. Plutarchos szerint Romulusnak van törvénye (értsd ősi jogszabály Rómában), hogy a nő férjét el nem hagyhatja, de a férj a nőt elűzheti, de csak súlyos vétség miatt. Ilyen súlyos vétség három van: a házasságtörés, kulcsdobás és bájtalképzítés. Ezzel szemben Dyonisius Halicarnassus

szerint a házasság feloldhatatlan volt, de a nő két okból súlyosan meghűntethető a iudicium domesticum által. Ez a két ok a házasságtörés és a borivás. Hogy ebben valami igaz van, mutatja Gellina peregrin író, ki Noctes Atticae czímen érdekes társadalmi korképet ad. Ez említi az öreg Catónak egy beszédét, mely szerint két igazolt válási ok van: a házasságtörés és az ivás. A Plutarchos által említett vétségeknek Jhering adja igen érdekes magyarázatát, de ezt, maguk a vétségek, a házasságtörést kivéve, a későbbi korban ismeretlennek lévén, mellőzzük. A házasságtörésre e kornak az a sajátos felfogása volt, hogy csak nő követheti el.

Mindkét adat valószínűvé teszi, hogy a házasság feloldhatatlan volt. Ez Karlova szerint abból is foly, hogy régebben csak egy házasságkötés volt: a *confarreatio*, már pedig ennek egyik sokáig, a történeti időben is fennmaradt esete, a flamen Dialisbeli házasság, felbonthatatlan volt. Lassanként azonban az az elv diadalmaskodott, mely a házasságok felbonthatóságát hirdette. Eleinte, és ez már a történeti időbe esik, csak a férj bonthatta fel. A férj nejét emancipálhatta, manusból elbocsáthatta és remancipálhatta, a coemptióval szerzett feleségét viszonteladhatta. A *confarreatio*val kötött házasság azonban csak a papok segélyével volt felbontható. Erre szolgált a *diffareatio*, a *confarreatio*nak párdarabja. A római jognak ugyanis egyik alapelve volt, hogy minden ügyletet abban a formában kell megszüntetni, a melyben kötöttet. Livius meséli, hogy valami Furius lett volna az első, a ki nem a nőnek hibája miatt, hanem annak hibáján kívül, t. i. sterilitása miatt vált el. Addig csak propter graves mores történt a válás.

A nő ebben az első korban nem válhatott el férjétől. Más-kép volt a dolog a szabad házasságnál. Hisz ez de iure évszázadokon keresztül semmi jogi állandó kapcsolatot nem létesített férj és feleség között. A nő nem ment át a férj családjába, hanem paterfamiliasa hatalmában maradt. Így a házasságot első sorban ez a paterfamiliasa bonthatta fel. A paterfamiliasnak ugyanis a praetor interdictumot adott, melylyel ez másnál lévő gyermekének kiadatását kérhette. Ez az *interdictum de liberis ducendis*. (Ezt megelőzőleg kapta az *interdictum de liberis exhibendis*, a melynek segélyével megtudhatta, hogy gyermeke annál van-e, a kit ő gondol.) A paterfamilias tehát bármikor felléphetett lánya férje ellen, hogy add elő (*exhibitio*) gyermekemet, és ha tényleg nálad van, add ki. Ily módon a szabad házasságbeli férj ki volt szolgáltatva felesége atyjának. Ennek később a praetor úgy vette élet, hogy a férjnek is adott abszolút követelési jogot, a férj mindenkitől és így felesége atyjától is követelhetette, hogy mutasd fel, ha nálad van, és add ki a feleségemet. Erre szolgált az *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*. Ily módon a paterfamilias többé a házasságba bele nem avatkozhatott. Ez fölöslegessé is lett, mert a válás lassanként egészen szabaddá vált. Válni lehetett bármely okból. Két módja

fejlődött ki a válásnak, az egyoldalú *repudium* és a kétoldalú *divortium*. A *repudium* abban állt, hogy az egyik fél, rendesen a férj, azt mondta a másiknak: *res tuas tibi habeto*. Ekkor a nő elmehegetett, de ezzel a manusbeli házasságnál a manus még nem szűnt meg, azt külön emancipációval kellett megszüntetni.

A válások féktelensége lassankint oly mérveket öltött, hogy Augustus idejében jónak látták korlátozásukat. A *lex Julia de maritandis ordinibus* azt rendeli, hogy a válás csak oly formában történhetik, hogy a férj 7 tanú és egy libertus előtt jelenti ki, hogy válni akar. A 7 tanú máshol is előfordul, de a libertus szereplése szokatlan és érthetetlen. Némelyek szerint a *lex Julia* rendelkezése annyit jelent, hogy a 7 tanúnak ingenuusnak, szabad születésűnek kell lennie, tehát libertust kivéve, 7 tanú kell. De lehet ennek a jelentése az is, hogy válást csak olyanoknak enged meg, a kik oly vagyonosak, hogy már libertusuk is van. Ezzel akarták korlátozni a válásokat. A keresztény császárok még tovább mennek és való okokat állítanak fel, de ezek nem stringensek, más okból is lehet válni, sőt lehet minden ok nélkül. Más szóval ezek a törvények nem voltak *leges perfectae*.

A keresztény császárok egy másik intézkedése, hogy a második házasságot joghátrányokkal sújtják. Ezzel ellentétbe helyezkednek a *lex Papia Poppaeae*val és a *lex Julia de maritandis ordinibus*sal, a melyek a házasságkötést propagálták. A keresztény császárok a *parens binubus*t, a második házasságra lépő szülőt azzal sújtják, hogy mindazt a vagyont, a mit első házasságbeli hitvestársától kapott, hozományt, antidost stb., szóval a *lucra nuptialia*t elveszti az első házasságból származó gyermekek javára. Ennek a második házasságért való büntetésen kívül az az indoka is van, hogy a gyermekek szüleik vagyonától meg ne fosztassanak. Ezért nem egészen talál ennek az intézménynek neve: *poenae nuptiarum secundarum*.

Ez körülbelül a házassági jog képe, úgy mint az Iustinianusig fejlődött. Nála a hitvestársi hatalom, mint *sui generis* hatalom, mint manus már nem létezik, hanem csak mint egyik főmódja a patria potestas megszerzésének. A házasságot ő institúcióiban csak mint oly intézményt említi, a mely főalapja az atyai hatalom keletkezésének, mert minden gyermek, *quos iustis nuptiis procreavimus, in potestate nostra sunt*. A lényeges nem az, hogy születtek, hanem hogy nemzettek. A nemzés jogi tény, de nem jogügylet, míg az atyai hatalom egyéb szerzési tényei: *legitimatio*, *adoptio*, *arrogatio* mind jogügyletek.*) Azért mondjuk a nemzést az apai hatalom megszerzése természetes, a többieket pedig mesterséges módjainak. A nemzésre nézve az a vélelem áll fenn, hogy a házasság alatt

*) A 62. l.-on ezt bővebben kifejtettük. Ott azonban hiba csúszott be. A 11. sorban e helyett: a szülésről Cohner teendő: a költésről Kohler.

nemzett gyermek a férjtől nemzettnek tekintetik. Erről a 156. l-on bővebben szoltunk.

A nem jogszerű házasságból nemzett gyermekek nem kerülnek az atya hatalma alá. De a concubina gyermekeit, a liberi naturalist az atya jogüggyellett patria potestas alá hozhatja. Ez a jogüggyellett a *legitimatio*, törvényesítés. A római jog csak a concubinatusból származó gyermekek törvényesítését engedi meg, a stuprumból származókat, az ú. n. spuriusokét, a mai értelemben vett törvénytelen gyermekekét, nem. Iustinianus szerint a legitimációnak két módja volt, azelőtt harmadik formát is ismerték. A rendes mód a *legitimatio per subsequens matrimonium* volt, az apa utólag nőül vette a gyermek anyját, concubináját. Az eddig naturales liberi ez által legitimiké lesznek. Ezt a módot Constantinus honosította meg. A másik mód a *legitimatio per rescriptum principis*, császári constitutióval, tehát a nélkül, hogy a concubinát elvénne. Ez a legitimatio azonban csak akkor volt megengedve, ha az atyának törvényes gyermekei nincsenek és a concubinával való subsequens matrimonium már lehetetlen, pl. mert már meghalt. A Iustinianus előtt fennállott 3. mód a *legitimatio per oblationem curiae* volt. Itáliában és a provinciákban a decuriók, az adóbehajtók saját börtökkel feleltek az adóért. Ez állásra természetesen nem igen ajánlkoztak. A császárok ezért különféle praemiumokkal csalogatták erre az állásra az embereket. Ilyen praemium volt az is, hogy ha az apa naturalis gyermekét decuriónak adta vagy ha naturalis lányát decurióhoz adta férjhez, ez által törvényesítette őket.

179. §. Az adoptio.

Az *adoptio*, *gyermekkefogadás* a patria potestas mesterséges elnyerése, vagyis az a jogüggyellett, a melylyel a római ember valakit patria potestas alá gyermekévé vagy unokájává fogad. Megkülönböztetendő ettől a táplálásba fogadás (alumnus), mert ez csak tényleges, nem jogi viszony és bármikor egyszerűen felbontható, holott az adoptio csak oly módokon szűnik meg, mint minden más gyermeki viszony.

Az adoptiónak két faja volt: *adoptio szűkebb értelemben* vagy röviden adoptio, ha a gyermekké fogadott alieni iuris, idegen hatalom alatt álló személy volt, és *arrogatio*, ha a gyermekké fogadott sui iuris. E kettő közül valószínűleg az arrogatio a régibb, mert nyilvános, publicus actus, holott az adoptio magánüggyellett. Mindkettőnek célja az volt, hogy a gyermektelen apa családi sacra folytatásáról gondoskodjék, tehát a házi kultusz, a család, a családi név fentartása.

Mindkét fajta adoptióra a következő szabályok állanak: A gyermekké fogadó csak férfi lehet, később in solatium liberorum amissorum a nő is adoptálhatott, de csak külön császári rescrip-

tum alapján. Ilyen esetben azonban, ha t. i. a nő adoptált, hatalmi viszony nem keletkezett. Minthogy az *adoptio naturam imitatur*, gyermeknemzést pótol, a férfiú is csak akkor adoptálhatott, ha teljes házasságkötési képessége volt. Nem adoptálhatott tehát a *castratus*, ellenben a *spado* igen. (Ez utóbbi már kivétel a *naturam imitatur* elve alól, a mely különben sincs következetesen keresztül-vive, mert pl. gyermektelen családapa az adoptatust egyszerre unokájává fogadhatja.) Csak *sui iuris* ember adoptálhatott. *Filius-familias* úgy nyert *adoptio* útján gyermeket, hogy a *paterfamilias* unokául, tehát neki gyermekéül fogad valakit. Az adoptáló és az adoptált közt Iustinianus korkülönbséget kíván, az adoptansnak 18 évvel (*plena pubertate*) kell idősebbnek lennie. Azelőtt ettől eltekintettek. Az adoptált személyére vonatkozólag az a korlát volt, hogy *concubinatus*ból származó gyermekét az apa nem adoptálhatja, valamint meg volt tiltva valakinek ugyanegyedtől való kétszeri adoptiója. Maga az *adoptio* jogügylete *actus legitimus* és mint ilyen sem feltételt, sem időhatározmányt, sem képviselőt nem tűr.

A kétféle *adoptio* közül mint mondtuk, a régebbi valószínűleg az *arrogatio*. Az *arrogatio* vagy *adoptio per populum* nevét valószínűleg onnan nyerte, hogy a *pontifex maximus* elnöklete alatt tartott *comitium*-ban, az ú. n. *comitia calata*-ban, *rogatio*, törvényjavaslat formájában ment végbe. Gaius úgy írja le, hogy az elnökítő három kérdést vetett fel (*rogatur*): az adoptálóhoz, vajjon gyermekévé fogadja-e, az adoptálandóhoz: tűri-e ezt, a néphez: beleegyez-e? E formalitásból folyt, hogy nőt és gyermeket arrogálni nem lehetett, hisz ezek a *comitia*-ban meg nem jelenhettek. Megkivánták továbbá, hogy az arrogáló legalább 60 éves legyen, mert csak ekkor szűnik meg a remény, hogy még gyermeke lehessen. Csak gyermektelen *paterfamilias* arrogálhatott és csak egy személyt, mert ezzel a családi szaktól már elegendő gondoskodás történt. Az *arrogatio* előtt a *pontifex*-nek, később a hatóságnak kötelessége volt a *causae cognitio*, megvizsgálta, megvannak-e ezek a kellékek és nem szenved-e az arrogálandó joghátrányt. Ez utóbbi szempontból meg volt tiltva, hogy szegény ember gazdagot arrogáljon s a gyám sem fogadhatta gyermekévé a gyámoltat még a gyámi viszony megszűntével sem.

Diocletianus alatt az *arrogatio* más formát nyert: *arrogatio per rescriptum* vagy *ex auctoritate principis* lesz, a császár az arrogáló kívánságára és az arrogálandónak illetve gyámjainak beleegyezésével *rescriptum*-ot ad ki. Ekkor már nőt és gyermeket is lehet arrogálni, persze csak *sui iuris*-t. A serdületlen *arrogatio*-jánál az előleges ügyvizsgálatnak különös gondnal kellett folynia és a serdületlennek egy *verrokonát* is meghívták hozzá. Első sorban azt nézték, vajjon *iustus* és az arrogálandóra hasznos-e az *arrogatio*. Antonius Pius *rescriptum*-a ezenfelül megkivánta, hogy az arrogáló *cautiót* adjon az iránt, hogy abban az esetben, ha az arrogált még

serdültsege alatt halna meg, ennek vagyonát ki fogja adni azoknak, a kik az arrogatio megtörténte nélkül örökölték volna, tehát a pupillaris substitutusoknak illetőleg a törvényes örökösöknek és így az arrogálónak ekkor erre a vagyona örökjoga nincsen; továbbá, ha az arrogáló az arrogált serdületlen gyermeket bíróilag elismert ok nélkül emancipálná, vagy végrendeletében kitagadná, akkor az arrogált egész vagyonát visszakapja és ha időközben fel is serdült, igénye van a fogadóatyja hagyatékának negyedére. Ez a *quarta divi Pii* vagy *Antoniniana*. Végül az arrogált, ha felserdült, emancipatióját követelheti, ha bebizonyítja, hogy az arrogatio rá nézve hátrányos.

Az arrogationak hatásai a következők voltak. Az arrogatus összes házanépével a pater arrogator patria potestasa alá és familiájába lép, annak nevét és rangját kapja. Ellenben megszűnik az arrogatioval járó capitis deminutio minima folytán az arrogáltnak eddigi agnatusaihoz való viszonya. A régi civiljog szerint az arrogáltnak összes activái, kivéve a legszemélyesebb jogokat a pater arrogatoréi lesznek, a későbbi császári jog szerint azonban csak haszonélvezetet nyer. Az arrogált adósságai nem szállnak át a pater arrogatorra, mert a capitis deminutio folytán megszűntek, de a praetor ezeket a követeléseket restituálta és ha az arrogator fizetni nem akart, *missio in bona arrogati cum iure venditionis* adott a hitelezőknek. Az arrogált mindenben az arrogáló gyermeke, rá nézve ugyanazok a házassági akadályok állanak, mint a vér szerinti gyermekre. Ha az arrogáló az arrogált jogának kijátszására elidegenítéseket vitt véghez, akkor utóbbi ezeket az *actio quasi Calvisiana*-val annyiban megtámadhatja, a mennyiben ezek az elidegenítések a negyedre való jogát sértik. Ha az arrogáló végrendelet hátrahagyásával hunyt el, akkor az arrogáltnak keresete, melylyel az ő jogát sértő elidegenítéseket megtámadja az *actio quasi Faviana*.*) Ha az arrogált az arrogáló halálakor mint enűk liberé vagy descendense a törvényes örökösök közé tartozott, érvényesítheti a maga örökös-i jogát, ha ez rá nézve előnyösebb, de akkor a quartot nem követelheti: e kettő egymást kizárja.

Az arrogatio sui iurisnak gyermekké fogadására szolgált. Alieni iurist úgy látszik a régi időben adoptálni nem lehetett vagy ha lehetett, azt is népgyűlés formájában kellett tenni, tehát ekkor az adoptáltnak is legalább pubesnek kellett lennie. Az igazi adop-

*) Az eredeti actio Calvisiana és Favianát a patronus indíthatta a libertinusnak in fraudem patroni tett elidegenítései megtámadására. A patronus ugyanis libertinusa vagyonának felét kapta, ha ez végrendeletlenül halt meg, sőt a praetor ezt a felet akkor is megadta, ha a végrendeletben nem törvényes gyermekei vannak kinevezve, tehát még akkor is, ha a libertinus valamely arrogált vagy adoptált gyermekét instituálja. A patronus ilyenkor bonorum possessiót contra suos non naturalist nyer. Ez a római jogban a leg-régibb kötelező rész.

tio a 12 táblás törvényre vezethető vissza, mely azt rendeli: si pater filium ter venunduit filius a patre liber esto. Az apa adoptióba adandó gyermeket mancipatio útján Rómában háromszor eladta (az első két eladás után a vevő természetesen remancipálta, visszaeladta), ez által a háromszori eladás által a filiusfamilias kikerült atyja patria potestasából és a harmadik vevő hatalmába, mancipiumába került. Ez a harmadik vevő, vagy ha harmadszor is remancipálta, az apa, már most ezt a gyermeket manumittálhatta, szabadon bocsáthatta, ez volt az emancipatio formája, vagy elment vele a praetorhoz és ott in iure cessio formájában az adoptálni akarónak átadta. Tehát három mancipatio két (vagy három) remancipatióval és egy in iure cessio alkották együtt az adoptiót, helyesebben az in adoptionem datiót. A császárság idejében ez megszűnt és helyébe a per imperium magistratus adoptio lépett. 2, Az adoptálandó gyermek paterfamiliasa és a pater adoptans megjelentek a magistratus előtt és ott az adoptálandó jelenlétében és ellenmondása nélkül egyszerűen bejelentették az adoptiót (adoptio apud acta). Nemcsak vérszerinti gyermeket adhatta a paterfamilias adoptióba, hanem adoptált gyermeket is. A pater adoptans pedig nemcsak gyermekévé, hanem unokájává stb. is fogadhatta az alieni iurist. Ilyenkor vagy kijelölte egyik fiának (adoptio in locum nepotis ex certo filio) vagy minden kijelölés nélkül adoptálta (adoptio in locum nepotis ex incerto filio). Az adoptiónál causae cognitióra nem volt szükség, hiszen arra már a paterfamilias ügyelt, hogy az adoptióval gyermeke ne károsuljon.

Az adoptio hatásai a Iustinianus előtti jogban teljesen olyanok voltak, mint az arrogatióié, kivéve azt, hogy adoptians pater nem succedált az adoptált activáiba (hisz az adoptálnak alieni iuris lévén, nem is volt vagyona), és hogy az adoptált gyermekei az adoptáló hatalmába nem kerültek. Iustinianus azonban azt rendelte, hogy az adoptált csak akkor lép az adoptáló családjába, illetve patria potestas alá, ha ez ascendense pl. anyai nagyapja, vagy atyai nagyapja, ha t. i. atyja, kinek hatalma alatt eddig állott, emancipatus. Ilyen esetben adoptio plena forog fenn, minden más esetben adoptio minus plena. Ez utóbbinak csak az a hatása, hogy az adoptátusnak alimentationalis igénye van adoptansa ellen és hogy utána örököl, ellenben tovább is eddigi paterfamiliasa hatalma alatt marad.

180. §. A patria potestas megszűnése.

A patria potestas megszűnhetik természetes és mesterséges módon. Természetes módja, ha a gyermek (lucus a non lucendo, mert 90 éves ember is gyermek római jogi értelemben, ha atyja hatalma alatt van) meghal, vagy ha az apa meghal, feltéve, hogy ez maga paterfamilias volt. A paterfamilias életében is megszűn-

hetik a patria potestas, még pedig vagy az ő akaratán kívül vagy akaratával. Akaratán kívül elveszti a hatalmat először is büntetés-képen, így a XII tábla értelmében, ha fiát háromszor, illetve lányát vagy unokáját egyszer (a törvény t. i. csak fiúkról szól), a császári jog szerint, ha gyermekét kiteszi vagy lányát kerítésre használja. Elvész másodszor a patria potestas ob honorem, ha a gyermek patriciussá, flamenné, később ha püspökké lett, vagy a lány Vestaszűzzé, és elvész harmadszor a patria potestas a capitis deminutio által.

Ezeknél az eseteknél fontosabb, mikor a pater familias saját akaratával veszti el a potestast. Eerre szolgál az *emancipatio*. A XII táblás törvény előtt vagy egyáltalában nem volt *emancipatio*, vagy ha volt, *publicus actus* volt, mint minden jogügylet. Valamint az *adoptio* úgy az *emancipatio* is a XII táblás törvény után keletkezett, a fiú háromszoros eladásához fűződő *sanctio interpretatio*ja által. Az apa fiát háromszor eladja *mancipatio*val (lányt és unokát csak egyszer), a harmadik vevő most vagy maga bocsátja szabadon az így *mancipium*ába került fiút, vagy a két első vevő mintájára *pactum fiduciae*je alapján *remancipálja* a fiút az apjának, és ez bocsátja szabadon. Az atyai hatalom alól már a harmadik eladással mentesül a fiú, de hogy teljesen szabad legyen, a harmadik vevőnek, illetve az őt visszavásárló apjának szabadon kell őt bocsátania. Előbbi esetben a harmadik vevő lesz az ő *quasi patronusa*, *extraneus manumissor*, utóbbiban volt *paterfamilias*, *parens manumissor*. Ez volt az *emancipatio* régi formája. Később *egyvoldalú actust* használtak, az *abdicatiót*, mikor t. i. az atya a fiút szélnek eresztette, ezzel azonban jogilag nem szűnt meg a patria potestas.

A háromszoros eladással közvetített *emancipatiót* felváltja a császár *rescriptuma* által történő elbocsátás, *emancipatio Anastasiana*, a melyet Iustinianus is fentart. Ő még egy új módját állítja fel az *emancipation*nak, t. i. a *paterfamilias* fia jelenlétében a bíróságnál bejelenti az elbocsátást, *emancipatio Iustiniana*.

181. §. A tutela.

Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nonquit, iure civili data ac permissa. A *paterfamilias* hatalmával a suus *önjogúvá* válik tekintet nélkül arra, hogy milyen idős, hogy képes-e önmaga a maga érdekeit megvédeni. Teljesen *önjogúvá* válik tehát, még ha *impubes* vagy *infans* is, és *önjogúvá* válik a nő is, a ki bármily korú is, neme gyengesége miatt az élet viharaival támasz nélkül megküzdeni nem tud (legalább így gondolták a rómaiak). Ezeket nem lehetett teljesen magukra hagyni, és azért *önjogúságuk* teljes fentartásával melléjük állítottak valakit, a ki gondjaikat viseli. Ez a *tutor*. *Tutela* alatt tehát csak *sui iuris* állhatott, ép úgy mint később látni fogjuk,

curatela alatt is. Alieni iuris se tutorra, se curatorra nem szorult, mert hiszen van felügyelője, paterfamiliasa.

A tutela tehát családjogi hatalom oly önjogú ember felett és megvédelmezése czéljából, ki az ő korabeli gyengesége miatt magát megvédelmezni nem tudja. Ez a definitio Iustinianus korának felel meg. Ez nem a klasszikus jog felfogása. Iustinianus csak arról a tuteláról beszél, a mely a kor miatt áll fenn, a klasszikus jog azonban kétféle tutelát ismer: tutela impuberum-ot, ez az, a melyet Iustinianus is tárgyal, és tutela mulierum-ot, minden sui iuris nő felett. Ez utóbbi a Kr. u. 3. században megszűnik. Ez a justinianusi definíciónak egyik eltérése a klasszikus jogtól. A másik pedig az, hogy Iustinianus szerint a tutela a gyámolt érdekében, annak védelmére áll fenn, holott az intézmény eredete szerint az hatalom, mely a tutor érdekében létezik. A gyám akkor is védelmezett valamit, de nem a pupillust, a gyámság alatt állót, hanem védelmezte a maga javát. A régi jogban, ha serdületlen vagy nő lett sui iurissá, az agnatusok azért lettek ennek tutorává, hogy a vagyont az agnatio számára megtartsák. A justinianusi definícióból vis ac potestas in capite libero tehát megfelel az ós időnek is, de a többi nem.

A római jog curateláról és tuteláról beszél, a mi azonban a mai gyámsággal és gondnoksággal össze nem tévesztendő. A modern fogalom az, hogy a gyám hatalma a védett minden ügyére kiterjed, míg a gondnoké csak bizonyos vagyoni ügyeire. Ezzel szemben a gyámnak fordítatni szokott tutor egyes ügyre is lehetett pl. a tutor praetorius, a gyám felügyeletére rendelt ellengyám, a római curator pedig, a kit helytelenül gondnoknak szokás fordítani, bizonyos esetekben megint a gondnokolt minden ügyére is felügyel (pl. a curatur furiosi). Egyike a legvitásabb kérdéseknek, hogy a curatela és tutela között voltaképen mi a különbség (Baron 369. §)? Igen gyakori, de helytelen felfogás, hogy a tutela személyi, a curatela csak a vagyoni ügyekre hat ki. A különbség elvileg az sem, hogy a tutornak valóságos hatalma van (vis ac potestas) a tutela alatt álló személy fölött, ellenben a curatornak nincs parancshatalma, ő csak gondozza védettje érdekeit. Ez csak a klasszikus időben van így. Még a XII táblás törvény a curat is potestasnak fogja fel (si furiosus existit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto). Mint minden családjogi viszony, a cura is azt a fejlődést mutatja, hogy eleinte hatalom, a mely nem annyira a gondnokolt, mint inkább a curator, a fejlődés végén már munus publicum, a mely nem a curator, hanem a védett érdekében áll fenn. A leginkább elfogadott megkülönböztetés a cura és tutela közt az, hogy a tutornak auctoritatis interpositioja van, sőt a tutor muliebris és honorariusnak csakis ez van, vagyis a gyámolt ügyleteinél, hogy érvényesek legyenek, a tutornak jelen kell lennie, míg a curatelánál a consensus (előleges vagy utólagos beleegyezés) elegendő, a curatornak az ügyletkötésnél nem kell

jelen lennie. Ez annyiban nem egészen helyes, hogy a birtokszerzést és az örökség elfoglalást kivéve, az infansnál a tutornak sem *consensus*a, sem *auctoritatis interpositio*ja nem elegendő.

A tutela kétféle: *tutela impuberum* és *mulierum* vagy *muliebris*. Ez utóbbinak már Diocletianus előtt nyoma vész. A régi időben az egész respublicán keresztül és utána még a principatus első két századában is minden *mulier*, a ki *sui iuris* és *pubes*, azaz minden nő, ki a 12 éves kort meghaladta és *sui iuris*, tutela alatt áll, még pedig a törvény rendelkezésénél fogva. Minden nő tehát valami hatalom alatt áll, vagy apai, vagy férji, vagy ha *sui iuris*, tutori hatalom alatt. Ez utóbbinál ismét két eset lehetséges: ha még nem 12 éves, tutela *impuberum*, ha 12 évnél idősebb, tutela *mulierum* van felette. Ez volt a különbség tutela szempontjából nő és férfi közt. A *sui iuris* fiú 14 éves koráig szintén áll tutela *impuberum* alatt, de ha egyszer 14 éves, végképen felszabadul a tutela alól. A tutela *mulierum* hatása semmiben sem különbözött az *impuberum*-tól, a tutor hatalma a nő cselekvő képességének korlátozása ugyanaz volt. Ennek az intézménynek Gaius idejében már semmi célja sem volt, hisz a nő *coemptio fiduciaria* által úgyis szabadulhatott a tutortól, másrészt meg, ha tutela alatt maradt is, ez nem nagyon korlátozta, mert a tutor auctoritásának *interpositio*ja ekkor már csak forma, melyre ez kényszeríthető volt. Ez *auctoritatis interpositio* nélkül ugyan ekkor sem volt érvényes a nő némely ügylete, de ha a tutor megtagadta, a nő a praetor segélyével rákényszeríthette. Abban a tekintetben is gyengül a tutela *mulierum* intézménye, hogy Gaius idejében a tutor auctoritása *interpositio*jára a nő nem minden rá terhes jogügyletnél szorul rá, hanem csak bizonyos *taxative* felsoroltaknál, és ezeknél is ki lehetett kényszeríteni. Innen van, hogy már a Kr. u. első században valami *lex Claudia* eltörli az agnatusok törvényes tuteláját a nő felett, a minek nyomán nem ugyan törvény által, hanem *per abusum* az egész tutela *mulierum* megszűnik.

Fontosabb tehát a tutela *impuberum*. Erről bőven szólottunk már a 165–166. lapon.

A tutela keletkezési módjai ugyanazok a *pubes*nél, mint a *mulier*nél, ugyanaz a három keletkeztető ténye van, mint az örökös positionak. Keletkezik tehát vagy *per testamentum* vagy *ab intestato*, vagy harmadszor hatósági intézkedés folytán, *datio tutelae* (az örökjogban ennek a *datio bonorum possessionis* felel meg). Van tehát tutela *testamentaria*, *legitima* és *dativa*. A római felfogás szerint a legfontosabb, mely a többit kizárja, a tutela *testamentaria*. A XII. tábla azt mondja, *uti legassit de pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*. Az lesz a tutor, kit a paterfamilias *sui iuris*sá váló *impubes* fiának vagy leányának kirendel akár *testamentum*ban, akár *codicillus*ban. Ha végrendelet nincsen, előáll a törvényes tutela. Tehát a törvény *in substitutum*, arra az esetre, ha a paterfamilias

nem intézkedett, állít fel szabályokat arra, hogy ki legyen a tutor. A tutela legitima első sorban a *proximus agnatus* illeti, azaz a fok szerint legközelebb eső agnatus. Iustinianus azonban, épúgy mint a hogy a 118. novellában az agnatusok örökjogát szünteti meg, úgy azon elv alapján, hogy *cuius emolumentum hereditatis, eius et onus tutelae*, az agnatusok törvényes tutelájának is véget vetett, és helyébe léptette a cognatusokét. Ha tehát végrendeleti tutor nincs, a legközelebbi *cognatus* az. A legitima tutelának második fajtája a *patronusok törvényes tutelája*. Ha a szabadonbocsátott rabszolga a libertinus, még impubes (régebben ha nő is), akkor a patronus nyeri el a felette való tutelát. Ez természetes, hiszen a libertinusnak még nincs agnatiója, nem lehet tehát agnatus a tutora. Ugyanígy vagyunk az emancipált impubes (régebben nőnek is) tutelájával; az lesz a tutora, a ki őt a harmadik eladása után manumittálta, ha ez apja volt, akkor ez lesz tutora is, *legitima parentum tutela*. Ez tehát csak a patronusi tutelának egy esete. Ha a patronus meghal, gyermekei vagy az a gyermeke egyedül folytatja a tutelát, kinek a libertust mintegy áttutalványozta (*assignatio liberti*), ép így a parens manumissor után is nem emancipált gyermekei folytatják a tutelát. Ez utóbbi esetnek neve *tutela filuciaria*. A név eredete vitás. Ha sem végrendeleti tutor, sem törvényes tutor nincsen, akkor a hatóság rendel ki egyet. A lex Atilia Kr. e. 311-ben azt rendeli, hogy ilyenkor a praetor adjon bizonyos korlátok közt a tribunusok maioritásának beleegyezésével tutort (*tutor Atilianus*). Ugyanezt rendeli a praeses provinciae-kre nézve a lex Julia et Titia. A tutor dativus kirendelésére a császári időben külön praetort neveznek ki, az ú. n. *praetor tutelarius*. Az ily úton kirendelt tutor honorarius, dativus.

A tutor hatalma főleg az auctoritatis interpositióban nyilvánul, melyről a 166. oldalon volt szó. A tutor és pupillus közt quasi contractuális viszony keletkezik, melynek alapján a tutor olyan gondossággal tartozik a pupillus ügyeit vinni, quam in suis rebus adhibet és melynek alapján *actio tutelae directa*-val a hatalma alól felszabaduló pupillus részéről az utóbbi vagyonának kiadására szorítható. Ezzel szemben neki a felszabadult pupillus ellen *actio tutelae contraria* van költségei megtérítésére. A tutor azonban a tutela tartama alatt is felelősségre vonható. Ha t. i. dolose megkárosítja a pupillust, bárki megindíthatja ellene az *accusatio suspecti tutoris*. A tutor továbbá (és ezek a szabályok az ezután tárgyalandó curatela-ra is vonatkoznak) bizonyos esetekben el volt mozdítható hivatalából, *remotio curatoris* vagy *cautio* volt köteles adni *rem pupilli salvam fore*. Ilyen cautio adására azonban a tutor testamentarius és a tutor ex inquisitione nem volt szorítható.

A tutela elfogadása munus publicum, de voltak egyes személyek, a kik erre képtelenek, mások meg felmentésüket kérhették a kötelezettség elvállalása alól (l. Vécsey 423. l., Kajuch 350. l.).

prox. agn.

cogn.

patron

bo. v. h. u. f. k. l. a.

l. i. c. i. a. r. i.

dativus

Ha valamely *sui iuris* impubesnek több agnatusa van, akkor ezek mind tutorai, és egyéb módokon is lehet egyszerre több tutor. Kifelé ilyenkor mind felelős, befelé azonban rendesen csak egy tutor van, t. i. a tutorok maguk kijelölnek egyet maguk közül ügyvivőnek, ez a *tutor gerens*, a többi a *tutores honorarii*. (Tutor honorarius más jelentésben a praetor által rendelt tutor) Tutor gerens az, a ki a többinek cautionát kínál fel.

A tutela megszűnik, ha az impubes a 14. évet eléri, a nő megházasodik, ha továbbá akár a tutor, akár a pupillus meghal, vagy capitis deminutiót szenved, végül, ha a tutor felmentést nyer vagy elmozdittatik.

182. §. A cura.

Cura, curatio, családjogi hatalomszerű gondozása azon önjogi (*sui iuris*) ügyeinek, a ki valamely okból — kivéve a serdtületlenséget és a női nemet — vagyonát kezelni nem tudja.

A curator gondnokoltja vagyonát kezeli akár egészben, akár bizonyos alkalomra. De ez esetben is megkülönböztetendő a közönséges procuratortól (képviselőtől). Az utóbbi pusztán magánviszony, a mely a képviselt akaratától függ, a curatela ellenben munus publicum, a hol épen fordítva a curandus áll a curator igazgatása alatt. Ezért curatelának csak meghatározott esetekben van helye. Így a római jogban a következő esetei vannak:

1. *Cura minorum*. Lásd bővebben a 166—167. lapon. Az ott elmondottakon kívül még a következőket kell tudnunk:

Bizonyos esetekben a minornak okvetlenül szüksége volt curatorra. Így per esetén a praetortól curatort kapott in litem, a tutor a gyámkezelésről adott leszámolásánál és a gyámvagyon kiszolgáltatásánál, továbbá az adós tartozása lefizetésénél arra szoríthatta a minort, hogy curatort kérjen, végül Claudius császár óta az arrogatiohoz is kellett curatort kérnie. A curatort a magistratus rendelte ki, még pedig Marcus Aurelius óta minden causae cognitio nélkül, a minor pusztá kérelmére. A minor atyja által végrendeletileg rendelt curator is a magistratus megerősítésére szorult. (Inst. I. k. 23. cz. 1. §.) (A XII t. t. szerint ez a cura is legitima volt, az agnatusokat és gentiliseket illette.) A curator lehet generalis, a mely esetben őt illeti a gondnokolt egész vagyonának administratioja, a gestio, de egy oratio Severi szerint mezei telkeket (*praedia rustica et suburbana*), Constantinus szerint városi telkeket, sőt ingókat sem idegeníthetett el, hacsak a gondnokolt atyja ezt végrendeletileg el nem rendelte vagy a magistratus causa cognita meg nem engedte. Iustinianus (Cod. V. k. 37. cz. 28. t. 5. §.) még a gyümölcsök elidegenítését sem engedte meg hatósági decretum nélkül. Az egyes ügyletekre rendelt curatort (a specialist) azonban ezek a megszorítások nem kötik.

Curatorával a minor nem köthet ügyleteket, csak olyanokat, a melyeknél a curator consensusára nem szorul. A curatela megszűnik, ha egyik vagy másik fel meghal, a curator capitis deminutio maximát szenved (a gondnokolt minimája esetén is), ha a minor nagykorúsittatik (venia aetatis nyer) vagy eléri a 25-ik évet, ha a curator elveszti a curatori képességét, ha dolus vagy culpa lata miatt méltatlanná vált, illetve hanyagnak vagy alkalmatlannak mutatkozott és hivatalából elmozdított, ha feloldó felvétellel, dies ad quemmel vagy bizonyos célra rendeltetett, és a feltétel, a dies beállott, a cél eléretett. Ha a curator személye miatt szűnt meg a cura, újabb curator kérhető. A minornak curatora vagyonán törvényes zálogjoga és privilegium exigendije van, curatorát actio negotiorum gestorum directa utilisrel vonhatja felelőségre, míg ez kiadásai fejében actio negotiorum gestorum contraria utilisrel élhet. A rómaiak ugyanis a curatelát a megbízás nélküli ügyvitellel azonosították.

2. *Cura furiosi*. Ezt már a XII. t. t. említi. A furiosus (az elmebeteg) egyáltalában nem köthet semmiféle jogügyletet, teljesen cselekvőképtelen. A furiosus mellett tehát a curatornak az a helye van, mint az infans tutorjának. Curatelának csak azért hívjuk, mert engedelmességről nem lehet szó, már pedig a tutela a klasszikus jogban hatalmi viszony. Az örült mellé nincs hivatali curator rendelésnek helye, az cura legitima, a mely a XII. táblás törvény szerint az agnatusokat, illetve gentiliseket illeti meg, a justinianusi jogban a legközelebbi cognatust. Csak ha ilyen curator legitimus nem volt, rendelt a praetor egyet, szintúgy az ő megerősítésére szorult az atya által végrendeletileg rendelt curator. A cura furiosi a tutela infantistól csak abban különbözött, hogy míg az infans teljesen cselekvőképtelen volt, addig a furiosusnál azt vizsgálták, vajjon a jogügylet kötésénél észnél volt-e, mert ha igen, ha ú. n. lucidum intervalluma volt, ügylete érvényes volt. A cura furiosi ipso iure a kigyógyulással megszűnik, a furiosusnak curatora vagyonán törvényes zálogjoga és privilegium exigendije van.

3. *Cura prodigi*. Ezt már a XII. t. t. rendeli, ha a senatus valakit a vagyonkezeléstől eltilt (bonis interdicere). Ez abban az esetben történik, ha az illető nem érte be a bonum non paternummal, hanem a bonum paternumot, atyjától rámaradt vagyonát is pazarolta (Paulus: Sent. III. 4 a. §. 7.). Ez is eleinte cura legitima volt, megillette az agnatusokat és gentiliseket, de csak akkor, ha a prodigus atyjának intestat örököse, ellenesetben, illetve ha a legitimus az ügyvitelre képtelen volt, a praetor rendelt curatort. Iustinianus korában ez is curator dativussá lett, még a végrendeletileg rendelt is a magistratus confirmatiójára szorult. A gondnokoltnak korlátolt cselekvőképessége volt, de szabadon végrendekezhetett és házasodhatott. Ez a curatela csak akkor szűnt meg, ha

a hatóság előleges ügyvizsgálat alapján ismét korlátlan cselekvő-képességet ad a már nem prodigusnak.

4. Cura debilium. Gyenge, beteg személyek akár állandó, akár akut betegség vagy testi fogyatkozás miatt kérhetnek maguknak curatort, de csak az ő kértükre rendelheti ki a praetor, tehát cura dativa, és az ő kértükre meg is szűnik.

5. Cura bonorum. Ez már nem családjogi viszony, de a kapcsolat kedvéért itt is adjuk. Ennek legnevezetesebb fajai: a) Cura bonorum absentis. A fogságban vagy távol levő vagyona, ha ez maga helyett ügyvivőt nem hagyott, a praetor a legközelebbi rokonok vagy a hitelezők kérelmére curatort rendel, a ki a vagyont kezeli, a szükséges elidegenítéseket elvégzi, a távollevő helyett akár fel- akár alperesként szerepelhet. A curatornak leltárat kell felvennie, cautiót adnia, minden culpaért felel, a tisztség elfogadása polgári kötelessége. b) Cura ventris nomine, ha a praesumtiv örökös még meg nem született, a hagyaték számára a praetor gondnokot rendel. Ettől megkülönböztetendő a cura ventris, a mely azzal a joggal és kötelezettséggel jár, hogy a terhes nőt a hagyatékból a curator elartsa. Rendesen azt illeti ez a cura, a kit a ventris nomine, c) cura ex edicto Carboniano, gondnokkirendelés, ha az örökség fölött folyó per az örökséget igénylők egyikének serdületlen volta miatt nem dönthető el rögtön és az igénylők közül egyik sem akar cautiót adni. d) Cura hereditatis iacentis, e) cura bonorum cridae, csőd alá kerülő vagyon curája, a melynek elfogadása már nem polgári kötelesség. A cura bonorum eseteiben a curatust nem illeti meg a privilegium exigendi, a minthogy ez nem is cura a családjogi értelemben, csak annak mintájára szabályozott ügyvitel.

6. A cura egyéb esetei. Néha a gyámság alatt álló gyermek is kapott egy időre gondnokot (Inst. I. k. XXI. cz. 3. §.). Ennyiben kivétel állapítható meg azon nagyjában helyes közmondás alól, hogy curatorem (tutorem) habenti curator (tutor) non datur. Sőt atyai hatalom alatt állóak, tehát alieni iuris-ok is kapnak curatort, a peculium castrense és quasi castrense vitelére, ha cselekvőképtelenek. Ez rendesen maga az apa, de ha ő el nem fogadja, vagy el nem fogadhatja, hatósági kinevezésnek van helye. Úgyszintén a bona adventicia irregularia esetén, kivéve, ha valamely harmadik a filius-familiasnak úgy ad valamit, hogy az atyának semmi joga sem legyen hozzá. Ez esetben rögtön hatósági kinevezésnek van helye.

A curára való képtelenségek, a felmentő okok, több curator közti viszony a római jogban egyenlően szabályoztattak a tutelával. Erről szólni tehát ott volt helyén.

Handwritten signature or mark.

